

VU Research Portal

De bevrijdende verjaring

Smeehuijzen, J.L.

2008

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Smeehuijzen, J. L. (2008). *De bevrijdende verjaring*. [, Vrije Universiteit Amsterdam].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Inleiding

1 Het nieuwe verjaringsrecht geeft aanleiding tot zorg

Met de invoering van het nieuwe BW in 1992 is de regeling van de bevrijdende verjaring ingrijpend gewijzigd. Onder het oude recht was er één termijn. Die bedroeg dertig jaar. Hij ving aan bij opeisbaarheid van de vordering. Thans zijn er twee termijnen: een ‘subjectieve termijn’ van vijf jaar die aanvangt zodra de crediteur de voor het instellen van een vordering benodigde wetenschap heeft en een ‘objectieve termijn’ die de vordering in ieder geval doet verjaren twintig jaar nadat, kort gezegd, de feiten waarop de vordering is gebaseerd, zich hebben voorgedaan. De objectieve twintigjaarstermijn werd naast de subjectieve vijfjaarstermijn noodzakelijk geacht, omdat als de subjectieve termijn de enige termijn zou zijn, sommige vorderingen nooit zouden verjaren. Het is immers mogelijk dat de crediteur nooit de voor de aanvang van de subjectieve termijn benodigde wetenschap verkrijgt. Het nieuwe verjaringsrecht is neergelegd in de art. 3:306 tot en met 3:326 BW.

Te oordelen naar de overheersende stem in de doctrine, mag dat nieuwe verjaringsrecht geen succes heten. Brunner:¹ “Het verjaringsrecht in civiele zaken is in 1992 bij de invoering van het nieuwe BW geheel vernieuwd. Er is echter iets grondig mis met dat nieuwe verjaringsrecht”. Tjittes:² “De bevrijdende verjaring is geen rustig bezit gebleken (...) Een fundamentele heroverweging van ons verjaringsrecht (...) verdient aanbeveling”. Wiersma:³ “Het besef dringt door dat het recht met betrekking tot de bevrijdende verjaring is gaan lijken op een tovenaarsleerling die moeilijk valt te stoppen”. Hartkamp meent dat één van de twee pijlers van het nieuwe verjaringsrecht, te weten de objectieve termijn, moet worden geschrapt.⁴ Een publicatie van Van Dijk in het *NJB* 2007,⁵ wordt over de gehele voorpagina aangekondigd met de woorden “Bevrijdende verjaring: mislukt onderdeel van het BW?”. De kop boven het artikel zelf draagt van twijfel geen spoor meer; het vraagteken is verdwenen, een gedecideerd veroordelend parool rest: “Bevrijdende verjaring: mislukt onderdeel van het BW”.

De (korte) geschiedenis van het nieuwe verjaringsrecht geeft, in ieder geval op het eerste gezicht, inderdaad reden tot zorg. Men zou vier ontwikkelingen kunnen

1 Brunner, *Themis* 2001, p. 243.

2 Tjittes, *WPNR* 2002, p. 63.

3 Wiersma, *PP* 2003, p. 13.

4 Asser/Hartkamp 4-I, nr. 674c.

5 Van Dijk, *NJB* 2007.

onderscheiden die de indruk wekken dat het nieuwe verjaringsrecht niet erg stevig op de benen staat.

Ten eerste. Oorspronkelijk bestond de in praktisch opzicht veruit belangrijkste verjaringsbepaling, art. 3:310 BW, uit slechts één lid. Dat vervat de hierboven uiteengezette getrapte verjaringsregel (subjectieve termijn van vijf jaar en objectieve termijn van twintig jaar). Al snel bleek die bepaling in een aantal gevallen tot onaanvaardbare gevolgen te leiden. De wetgever achtte om die reden vrij uitgebreide reparatiewetgeving noodzakelijk. In dat kader zijn inmiddels aan het eerste lid vier leden toegevoegd.

Namelijk: bij wet van 24 december 1992 werden aan art. 3:310 de leden 2 en 3 toegevoegd, betreffende schade als gevolg van verontreiniging van lucht, water of bodem dan wel van de verwezenlijking van een gevaar als bedoeld in art. 6:175 (schade door gevaarlijke stoffen). Ten aanzien van die schadeoorzaken wordt de objectieve termijn van twintig jaar vervangen door een objectieve termijn van dertig jaar. Bij wet van 7 juli 1994 is een lid 4 toegevoegd, dat bepaalt dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade wegens een zedenmisdrijf tegen een minderjarige niet verjaart zolang het recht tot strafvervolgning niet door verjaring is vervallen. De laatste en tegelijkertijd veruit belangrijkste uitbreiding van art. 3:310 BW vindt gestalte in de wet tot “Wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Wetboek voor gevallen van verborgen schade door letsel of overlijden”.⁶ Het gaat om de toevoeging van een vijfde lid, krachtens welk schade door letsel en overlijden aan de werking van de objectieve termijn wordt onttrokken.

Die toevoegingen zouden op zichzelf legitiem kunnen zijn – over die kwestie verderop in dit boek meer. Maar de vraag die bij hun beschouwing hoe dan ook rijst is deze: als de hoofdregel van lid 1 op zo korte termijn bij herhaling correctie behoeft, kunnen we dan nog aannemen dat die hoofdregel in andere gevallen wél tot de juiste uitkomst voert? Of zijn die ad hoc-reparaties de symptoombestrijding van een veel dieper probleem, namelijk van de ongeschiktheid van de hoofdregel?

Ten tweede. Ontwikkelingen in de rechtspraak hebben het geldend recht doen afdrijven van de tekst van de wet. Welbeschouwd zijn de twee pijlers van het verjaringsrecht, de subjectieve en de objectieve termijn van art. 3:310 BW, in de rechtspraak geherformuleerd. Wat de subjectieve termijn betreft: volgens de tekst van de wet vangt die aan op het moment waarop “de benadeelde zowel met de schade (...) als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden.” In het Saelman-arrest van 31 oktober 2003⁷ besliste de Hoge Raad dat de subjectieve termijn aanvangt als de crediteur “daadwerkelijk in staat is” zijn vordering in te stellen. Wat de objectieve termijn betreft: volgens de tekst van de wet verjaart de vordering “in ieder geval” na twintig jaar. In zijn asbestarrest van 1 april 2000 ging de Hoge Raad aan dat “in ieder geval” voorbij door te overwegen dat onder bijzondere omstandigheden het verjaringsberoep door de debiteur in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn.

⁶ Wet van 27 november 2003, nr. 26 824.

⁷ NJ 2006, 112 m.nt. Du Perron.

Het is gebruikelijk dat men zich voor de nuances van een bepaling moet verlaten op jurisprudentie. Maar in het geval van de bevrijdende verjaring gaat het nauwelijks nog om nuances. Te bepleiten is dat zo zwaar aan de tekst van de wet is geschaafd, dat die tekst het geldend recht niet meer adequaat weergeeft.

Ten derde. De praktijk lijkt met het onderwerp te worstelen. Zonder empirisch onderzoek is die stelling niet ten volle te bewijzen, maar de opvallend hoge frequente waarmee rechtspraak over het onderwerp verschijnt – de Hoge Raad deed bijvoorbeeld tussen april 2000 en april 2006 alleen al over art. 3:310 BW 25 uitspraken – suggereert dat er vele interpretatievragen leven.⁸ Ook signalen van praktijkjuristen⁹ wijzen sterk in die richting.

Ten vierde. De hiervoor gegeven citaten uit de literatuur vormen ook op zichzelf reden tot twijfel aan het nieuwe verjaringsrecht. Het is denkbaar dat de schrijvers het verkeerd zien, dat de objectieve termijn anders dan Brunner meent gehandhaafd moet worden, dat het met de door Van Dijk gesignaleerde onoverzichtelijkheid wel meevalt, dat de inconsistenties die Tjittes ziet er helemaal niet zijn, enzovoorts. Maar als men de doctrine serieus neemt, begint de bewijslast wel te schuiven; het falen van ons nieuwe verjaringsrecht lijkt bijna voorshands aannemelijk.

2 De onderwerpen van dit proefschrift

2.1 Inleiding

De bovengenoemde ontwikkelingen vormen aanleiding tot een kritische beschouwing van de nieuwe verjaringsregeling. Is de nieuwe regeling inderdaad vatbaar voor kritiek en zo ja, hoe luidt die kritiek dan precies?

Het was denkbaar geweest in het kader van dit proefschrift met de evaluatie van de verjaringsregeling te volstaan, maar dat leek toch niet bevredigend: zelfs als men zou vinden dat het bevrijdende verjaringsrecht fundamenteel moet worden herzien – wat ik overigens, om het maar meteen te zeggen, niet vind, hoewel ik tekortkomingen zal signaleren – dan is die suggestie in geen geval van vandaag op morgen door de wetgever overgenomen en gerealiseerd. Het huidige recht is voor de praktijkjurist voor onbepaalde tijd een voldongen feit. Die constatering, in combinatie met het grote aantal vragen dat onder praktijkjuristen over de bevrijdende verjaring heerst, geeft aanleiding dit boek niet te beperken tot evaluatie van de nieuwe verjaringsregeling, maar evenzeer aandacht te besteden aan de vraag hoe de nieuwe verjaringsregeling

⁸ Brunner liet al in 2001, dus nog voor de hausse aan rechtspraak in latere jaren, zijn opmerking dat met het nieuwe verjaringsrecht iets grondig mis is, volgen door: “Dat blijkt wel uit het grote aantal civiele procedures, dat sindsdien is gevoerd en waarin steeds de vraag centraal staat of de gedaagde na het verstrijken van de verjaringstermijn zich wel terecht beroept op de extinctieve verjaring van zijn vorderingsrecht.” (*Themis* 2001, p. 243).

⁹ Mijn beeld is met name gevormd door gesprekken en discussies met advocaten en rechters tijdens of na afloop van cursussen over verjaring.

moet worden uitgelegd. Een substantieel deel van dit boek is daarom gewijd aan de uitleg van het nieuwe verjaringsrecht.

Er is ook verjaringsrecht dat niet valt binnen het terrein dat ik hiervoor als ‘het nieuwe verjaringsrecht’ (de art. 3:306 – 3:326 BW) heb aangeduid. Denk bijvoorbeeld aan het verjaringsregime van de WAM (art. 10 WAM) en de verjaring in het verzekeringsrecht (art. 7:942 BW), het arbeidsrecht en het vervoerrecht. Ik heb dat ‘overige verjaringsrecht’ niet helemaal onbesproken willen laten; verjaring bij de WAM en verjaring in het verzekeringsrecht komen in dit boek ook aan de orde. De reden voor die keuze is dat die gebieden voor de praktijk van bijzonder belang lijken te zijn en het bovendien in academisch opzicht boeiende kwesties betreft. Daarmee wil overigens niet gezegd zijn dat dit voor andere verjaringsgebieden in het geheel niet zou gelden; bij de gekozen onderwerpen leek eenvoudig een grotere ‘verdieping’ mogelijk.

Tot slot zijn er verjaringskwesties die niet zozeer enige positiefrechtelijk regel betreffen, maar een wat meer abstract, dogmatisch karakter dragen. Het betreft (i) de vraag naar de verhouding tussen rechtsverwerking en verjaring en (ii) de vraag naar de verhouding tussen vervaltermijnen en verjaring. Zij worden besproken omdat het klassieke kwesties betreft en, met name, omdat ik meende nog nader aan het debat te kunnen bijdragen. Omdat ik die kans niet zag bij een even klassiek onderwerp als bijvoorbeeld ‘het rechtsgevolg van de verjaring’, heb ik dat buiten beschouwing gelaten.

In de volgende paragrafen ga ik wat nader in op wat in dit boek over deze onderwerpen zal worden gezegd, te beginnen met het eerste.

2.2 De evaluatie van het nieuwe verjaringsrecht

Het heeft een zekere schoonheid een onderzoeksvraag met een enkelvoudig betoog te beantwoorden. Helaas kan dat niet als de onderzoeksvraag de evaluatie van de nieuwe verjaringsregeling betreft. Dat betoog is noodzakelijk gefragmenteerd. Dit komt doordat die nieuwe verjaringsregeling nu eenmaal een behoorlijk aantal verschillende, ongelijksoortige kenmerken heeft. Ik heb de volgende acht deelvragen geformuleerd.

- i) De oude enkelvoudige dertigjaarstermijn is in de huidige regeling vervangen door het dubbele stelsel van een subjectieve en een objectieve termijn. De subjectieve termijn is in kwantitatief opzicht verreweg de belangrijkste verandering in het verjaringsrecht, maar substantieel verklarend en ondersteunend commentaar is er niet in grote mate. Waarom niet langer volstaan kon worden met de enkelvoudige lange termijn van het oude recht en een korte ‘kennisafhandelings termijn’ moest worden toegevoegd, is vrij beperkt geadstrueerd. Daarom zal de noodzaak van die korte subjectieve termijn worden onderzocht.
- ii) De objectieve termijn is onderwerp van stevige kritiek. Die kritiek is zo op het eerste oog ook wel te begrijpen; de objectieve termijn doet namelijk naar zijn aard vorderingen verjaren die de crediteur nog niet heeft *kunnen* instellen. Dat strookt slecht met het rechtsgevoel. Brunner beveelt de wetgever aan de objectieve

ve termijn te schrappen en meent “dat volstaan moet worden met verjaringstermijnen die eerst lopen vanaf het moment dat het recht daadwerkelijk kon worden geldend gemaakt.”¹⁰ Is dat een goed idee? Is die objectieve termijn inderdaad ondeugdelijk?

In het kader van bespreking van de objectieve termijn zal ook de bijzondere positie van de personenschade aan de orde komen. Voor *personenschade* is in het vijfde lid van art. 3:310 BW een bepaling opgenomen krachtens welke de objectieve twintigjaarstermijn niet geldt. Dat type vordering kan dus eeuwig blijven voortbestaan. Is die verjaringsrechtelijke uitzonderingspositie van de personenschade eigenlijk wel te verdedigen? Is de personenschade in verjaringsrechtelijk opzicht zodanig specifiek dat een aparte regeling gerechtvaardigd is?

- iii) Thans geldt als hoofdregel een termijn van twintig jaar (art. 3:306 BW), maar die is alleen van toepassing als de wet niet anders bepaalt. In de meeste gevallen bepaalt de wet wél anders: in de art. 3:307 tot en met 3:311 BW is ten aanzien van de meeste typen rechtsvorderingen¹¹ een bijzonder regime neergelegd. Die art. 3:307 tot en met 3:311 BW kennen – met uitzondering van art. 3:308 BW – een subjectieve termijn van vijf jaar en een objectieve termijn van twintig jaar.¹² Bovendien staan er elders in de wet nog bijzondere verjaringsregels.

Die opzet geeft aanleiding tot de volgende vraag: het formuleren van bijzondere bepalingen brengt met zich het probleem van kwalificatie; onder welke bepaling valt de litigieuze vordering? Dat de rechter die tussenvraag moet beantwoorden komt de rechtszekerheid niet ten goede. In Engeland en Duitsland geldt na de integrale verjaringsherziening nu één algemene verjaringstermijn, te weten een subjectieve termijn van drie jaar. Hetzelfde geldt voor de *Principles of European Contract Law*.¹³ Maken onze bijzondere bepalingen de zaak inderdaad nodeloos gecompliceerd? Is één algemene termijn ook voor het Nederlandse verjaringsrecht te prefereren?

- iv) Voor de personenschade geldt dus alleen de subjectieve vijfjaarstermijn en niet de objectieve twintigjaarstermijn, maar er zijn ook vorderingen waarvoor, andersom, uitsluitend een twintigjaarstermijn geldt en geen subjectieve vijfjaarstermijn. Art. 3:306 BW stelt immers de enkele twintigjaarstermijn als hoofdregel. Die

¹⁰ Brunner, *Themis* 2001, p. 248.

¹¹ Het betreft: de vordering tot nakoming (art. 3:307 BW), de periodieke vordering (art. 3:308 BW), de vordering uit onverschuldigde betaling (art. 3:309 BW), de vordering tot schadevergoeding en de contractuele boete (art. 3:310) de vordering met betrekking tot cultuurgoederen, alsook bij opeising van een roerende zaak als bedoeld in de Wet tot behoud van cultuurbezit (art. 3:310a en b) en de vordering tot ontbinding, herstel of ongedaanmaking op grond van wanprestatie (art. 3:311 BW).

¹² Er zijn uitzonderingen. Soms is de lange termijn langer dan twintig jaar. Zie de art. 3:310 lid 2, 3:310a lid 1 en 310b lid 1 (dertig jaar); 3:310a lid 2 geeft zelfs een termijn van 75 jaar. De korte termijn van art. 3:310a bedraagt slechts een jaar.

¹³ “A prescription regime has to be as simple, straightforward and uniform as possible. This is why the *Principles* lay down a general period of prescription covering all claims arising within the law of obligations”, aldus de toelichting op art. 14:201 van de *Principles of European Contract Law* (zie Lando e.a 2003, p. 162/3).

hoofddregel mag dan vanwege de vele bijzondere bepalingen slechts voor de minderheid van gevallen gelden, uitgesloten is zijn toepasselijkheid zeker niet. Als kennelijk het getrapte stelsel met naast de objectieve twintigjaarstermijn een subjectieve vijfjaarstermijn in feite de norm is – hier even mogelijke kritiek op dat stelsel buiten beschouwing gelaten – waarom zou die norm dan niet voor die overige gevallen gelden?

- v) Hiervoor werden vragen gesteld die men zou kunnen beschouwen als principiële kwesties; keuzes met betrekking tot de opzet van de verjaringsregeling, de getrapte structuur van subjectieve en objectieve termijnen en, wat minder fundamenteel maar toch nog wel de hoofdlijnen van de regeling betreffende, de mogelijke uitzonderingen op de regels. Er is naast dat niveau ook nog het niveau van de precieze uitwerking en formulering. Waarschijnlijk de belangrijkste vraag van verjaringsrecht is die naar het aanvangsmoment van de korte, subjectieve verjaringstermijnen. Dat aanvangsmoment is in de zo-even genoemde bepalingen voor verschillende typen vorderingen gedefinieerd. Hiervoor werd al opgemerkt dat het aanvangsmoment van de in kwantitatieve zin veruit belangrijkste verjaringstermijn, de vijfjaarstermijn van art. 3:310 BW, in de rechtspraak feitelijk is herschreven. Dat plaatst een vraagteken bij de woordkeuze van de wetgever: had de formulering inderdaad beter gemoeten en zo ja, hoe? Niet alleen over het aanvangsmoment van de subjectieve termijn van art. 3:310 BW, maar ook over de definities van de andere aanvangsmomenten blijkt het nodige te zeggen te zijn. Wat minder uitgebreid – want wat minder problematisch – verdient aandacht de formulering van het aanvangsmoment van de absolute termijnen.
- vi) Een andere ‘uitwerkingsvraag’. Het is al vaak gezegd: de lengte van een termijn heeft per definitie een zekere mate van willekeur, de keuze voor een termijn is maar beperkt voor argumentatie vatbaar, het gaat er bij termijnen primair om een duidelijke lijn te trekken, enzovoorts. Maar helemaal buiten het bereik van de redelijke gedachtevorming vallen termijnen toch ook weer niet. Omdat het zonder veel nuanceringen gezegd kan worden doe ik dat hier al: de vijf jaar van de subjectieve verjaringstermijn is te lang. Ik zal betogen dat het gelet op (i) zijn functie en (ii) het recht in de ons omringende landen drie jaar zou moeten zijn.
- vii) Het nieuwe verjaringsrecht heeft ook een nieuwe stuitingsregeling gebracht. Daarvan verdienen met name twee aspecten de aandacht. Allereerst een wat ‘kleinere’ kwestie: de nieuwe stuitingsregeling bevat geen bepaling over de stuitende werking van onderhandelingen. Bijvoorbeeld de Duitse doet dat wel, net als de WAM. Wordt die bepaling bij ons gemist? Ten tweede een meer structureel aspect: de stuitingsregeling is zo opgezet dat de crediteur zijn vordering eendeloos kan stuiten. Er is niets dat hem dwingt op enig moment te kiezen tussen het afdwingen van de vordering door een procedure te beginnen of het definitief laten rusten van de vordering. Die vrijbrief tot dralen aan de crediteur kan de debiteur ernstig bezwaren. De debiteur wordt daardoor immers gedwongen zijn bewijs- en vermogenspositie tot in lengte van dagen te bewaren. Het is de vraag of dat wenselijk is.

- viii) Een veelgehoord punt van kritiek op het huidige verjaringsrecht is dat niet alleen door de uitgebreide reparatiewetgeving, maar ook door de ingrijpende corrigerende rechtspraak de consistentie zoek zou zijn. Dat die consistentie inderdaad zoek kan raken bewijst bijvoorbeeld het tot voor kort geldende Engelse recht, waar in *Stubbing v. Webb*¹⁴ de vordering tegen de seksueel misbruikende oom al wel, maar tegen de niet-ingrijpende moeder nog niet verjaard was. Dat kwam doordat tegen de oom en de moeder verschillende *actions* moesten worden ingesteld en de verjaringsregimes van die *actions* uiteenliepen. Is ons verjaringsrecht op vergelijkbare wijze innerlijk onverenigbaar?

Tot zover de deelvragen op basis waarvan een algemeen oordeel over het nieuwe verjaringsrecht zal worden uitgesproken. Nu de vragen van uitleg van het nieuwe verjaringsrecht.

2.3 De interpretatie van het nieuwe verjaringsrecht

Het nieuwe verjaringsrecht kent 21 artikelen (art. 3:306 – 3:326 BW). Omdat dit deel van mijn proefschrift voor de praktijkjurist bestemd is, zal ik slechts die artikelen bespreken die in de praktijk het meest problematisch zijn gebleken.

Vrij kort zal worden ingegaan op art. 3:307 BW (verjaring van de vordering tot nakoming). Met name gaat het daar om het aanvangsmoment van vijfjaarstermijn. Tevens wordt de ‘interactie’ met de art. 6:89 en 7:23 BW genoemd; als de crediteur de veel kortere vervalttermijn van die bepalingen laat verstrijken, komt men aan de vijfjaarstermijn in het geheel niet meer toe.

De nadruk zal gelegen zijn op art. 3:310 BW, omdat dat met voorsprong de meest toegepaste en meest problematische termijn is, dat laatste met name vanwege zijn wellicht niet optimale bewoordingen. Uitgebreid wordt stilgestaan bij het aanvangsmoment van de vijfjaarstermijn en de mogelijkheid om de twintig- en dertigjaarstermijn buiten toepassing te laten.

Ten slotte gaat vrij uitvoerig aandacht uit naar de stuitingsartikelen, omdat ook die in de praktijk van groot belang zijn, de bewoordingen van de wet soms aanleiding tot verwarring geven en bovendien de rechtspraak niet op alle punten bevredigt.

2.4 De verjaring in de WAM en in het nieuwe verzekeringsrecht

Twee bijzondere verjaringsrechtelijke onderwerpen: het verjaringsregime van de WAM en het verjaringsregime van het nieuwe verzekeringsrecht.

De WAM heeft een eigen verjaringsregime (art 10 WAM). Aandacht zal uitgaan naar het aanvangsmoment van de WAM-eigen verjaringstermijn van drie jaar en met

14 [1993] AC 498.

name naar de bijzondere stuitingsregel van de WAM; die heeft in de loop der tijd aanleiding gegeven tot een aanzienlijke hoeveelheid jurisprudentie.

Met het in werking treden van het nieuwe verzekeringsrecht kent nu ook, anders dan vroeger, de rechtsvordering tot uitkering tegen de verzekeraar een eigen verjaringsregel: art. 7:942 BW. Met name de verjaring van de 'directe actie' lijkt tot verjaringsrechtelijke vragen aanleiding te geven. Op dat aspect zal daarom vrij uitvoerig worden ingegaan.

2.5 Twee verjaringsvragen van dogmatische aard

Tot slot de twee verjaringskwesties die niet zozeer enige positiefrechtelijk regel betreffen, maar een wat meer abstract, dogmatisch karakter dragen. Het gaat om het volgende.

- i) De mogelijkheid van rechtsverwerking door louter stilzitten vóór ommekomst van de verjaringstermijn. De hoofdregel luidt dat rechtsverwerking wegens het niet instellen van de vordering niet mogelijk is; voor verlies van recht door louter tijdsverloop hebben we immers de verjaring al. Die verjaring kent vaste termijnen en als wij buiten die termijnen ook rechtsgevolg aan louter tijdsverloop gaan toekennen, frustreert dat de rechtszekerheid die die vaste termijnen dienen. Onder het oude recht sauveerde de Hoge Raad echter regelmatig beslissingen waarin de rechters naar woord die regel respecteerden, maar naar daad eigenlijk niet: in feitelijke instanties werd dan nadrukkelijk overwogen dat er meer aan de hand was dan alleen stilzitten, maar wat dat meerdere dan was bleek vervolgens niet uit de feiten. Met de verkorting van de verjaringstermijnen ten opzichte van het oude recht heeft dit probleem iets aan praktisch belang ingeboet, maar nog steeds kan zich de vraag voordoen, bijvoorbeeld, of men ongestraft zonder reden 4,5 jaar kan wachten met het nemen van juridische actie terwijl vaststaat dat de debiteur door die nodeloze vertraging ernstig in zijn bewijs- en rechtszekerheidsbelang is geschaad.
- ii) Het verschil tussen verjarings- en vervaltermijnen en de keuze voor de een of de ander. Verjaring kan men stuiten en heeft als gezegd de ondergang van de rechtsvordering tot gevolg, niet de ondergang van de vordering zelf. Verval kan men niet stuiten en heeft de ondergang van de vordering tot gevolg, niet louter de ondergang van het vorderingsrecht. Sommige vorderingen worden beheerst door vervaltermijnen, andere door verjaringstermijnen. Waarom zou men de ene vordering onderwerpen aan een vervaltermijn en de andere aan een verjaringstermijn? Waarom is er eigenlijk überhaupt het verschil tussen verval- en verjaringstermijnen. Hebben ze uiteenlopende doelen? Van vervaltermijnen wordt wel gezegd dat zij in hogere mate dan verjaringstermijnen het algemeen belang dienen. Maar moeilijk valt toch vol te houden, bijvoorbeeld, dat de vervaltermijn van tien jaar in geval van productenaansprakelijkheid het algemeen belang in hogere mate dient dan de twintigjarige verjaringstermijn die voor andere schadevergoedingsvorderingen geldt. Omdat het verschil tussen verval en verjaring niet alleen gelegen is

in hun gevolg – de praktische betekenis daarvan is betrekkelijk –, maar ook in de mogelijkheid tot stuiten – de praktische betekenis daarvan is groot –, is dit onderwerp niet zo academisch als het vorige.

3 Doel en rechtvaardiging van verjaring en rechtsvergelijking primaire inspiratiebronnen

De voorgaande vragen zullen in overwegende mate worden beantwoord op basis van (i) bevindingen over het doel en de rechtvaardiging van verjaring en (ii) rechtsvergelijking. Over die twee nader het volgende.

3.1 Doel en rechtvaardiging van verjaring

De mededeling dat doel en rechtvaardiging van verjaring in dit boek het denken over verjaringsvragen in belangrijke mate beïnvloedt, verbaast op zichzelf waarschijnlijk niet. Reeds in het algemeen verdient het aanbeveling bij de gedachtevorming over een regel belangrijke betekenis toe te kennen aan zijn doel en rechtvaardiging – waarom dus niet in het kader van de verjaring? Er is evenwel een “verjarings specifieke” reden die de noodzaak daartoe in het bijzonder doet voelen.

Die reden is dat een redenering opgezet vanuit het doel en de rechtvaardiging van verjaring naar mijn indruk bijna steeds min of meer dwingend tot een bepaald antwoord voert; het lijkt alsof logica de boventoon kan voeren en kwesties van waardering, waardeoordelen zo men wil, in bovengemiddelde mate buiten deur kunnen blijven. Nu is deze stelling naar zijn aard natuurlijk lastig te bewijzen en misschien heeft mijn onevenredige aandacht voor de verjaring het vergelijkende zicht op de zaken ook wel vertroebeld. Laat ik daarom als subsidiaire stelling poneren dat tot op heden in Nederland verjaringsrechtelijke vragen *te weinig* vanuit doel en rechtvaardiging zijn beantwoord, en dat reeds daarom dat perspectief in dit boek uitgebreide behandeling behoeft. Neem het volgende voorbeeld.

Ter inleiding: als gevolg van tijdsverloop wordt de positie van een debiteur in tweeërlei opzicht aangetast: (i) zijn bewijspositie verzwakt en (ii) zijn vermogenspositie is steeds minder op nakoming ingesteld. Om die reden is er de bevrijdende verjaring: op enig moment prevaleert het belang dat de debiteur erbij heeft dat de vordering tegen hem niet meer in rechte kan worden afgedwongen, boven het belang van de crediteur bij voortdurende afdwingbaarheid van zijn vordering. Als van de crediteur verlangd mocht worden dat hij zijn vordering instelde en hij dat niet heeft gedaan, doet zich dat voor na betrekkelijk korte tijd (als regel na vijf jaar)¹⁵ en als hem dat verwijt niet treft na lange tijd (twintig of dertig jaar).¹⁶

¹⁵ Denk aan de subjectieve termijnen van de art. 3:307, 3:309, 3:310, 3:310a en 3:311 BW.

¹⁶ Denk aan de objectieve termijnen van de art. 3:307, 3:309, 3:310, 3:310a en 3:311 BW.

Bijna ieder rechtstelsel kent evenwel een middel om de voltooiing van de verjaring af te wenden, te weten de stuiting. Naar Nederlands recht kan stuiting plaatsvinden door: (i) het instellen van een rechtsvordering, alsmede door iedere daad van rechtsvervolgning van de zijde van de gerechtigde (art. 3:316 BW), door (ii) een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt (art. 3:317 BW) of door (iii) erkenning (art. 3:318 BW). Deze gebeurtenissen doen de crediteur weten dat de debiteur nog nakoming verlangt. De gedachte is dat als de debiteur dat weet, hij zijn bewijspositie kan verzekeren en zijn vermogenspositie op nakoming kan inrichten. De stuiting stelt hem als het ware in staat de nadelige gevolgen van tijdsverloop af te wenden.

Nu heeft zich de vraag voorgedaan of de dagvaarding (die krachtens art. 3:316 een stuiting constitueert) tevens stuit ten behoeve van hetgeen later bij vermeerdering van eis extra wordt gevorderd. De Hoge Raad heeft beslist, kort gezegd, dat zolang “het meerdere” wordt gevorderd op basis van dezelfde feitelijke en juridische grondslag als het bij de oorspronkelijke dagvaarding gevorderde deel, de dagvaarding ook ten aanzien van het meerdere stuitende werking heeft.

De bedoelde beslissing werd genomen in HR 23 mei 1997.¹⁷ In die zaak vordert de eiser vergoeding van bepaalde schade als gevolg van een mislukte transactie. Bij inleidende dagvaarding van 13 januari 1983 vordert zij een aantal posten, waaronder opslagkosten, renteverlies, koersverlies en winst die zij had gedeerd doordat zij gedurende enige tijd in de onmogelijkheid heeft verkeerd haar werkkapitaal op andere wijze aan te wenden. Zij vermeerdert haar eis tot vergoeding van “gederde winst als gevolg van verkoop tegen lagere prijzen”, bij memorie van grieven van 23 februari 1995 – ruim twaalf jaar later dus. De aangesproken partij betoogt dat die laatste vordering verjaard is. Het hof vond dat ook, maar de Hoge Raad oordeelde anders:

“Het middel strekt onder meer ten betoge dat het Hof, aldus oordelende, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te miskennen dat de verjaring door het uitbrengen van de inleidende dagvaarding is gestuit. Door het vermeederen van haar eis heeft BWV, aldus het middel, niet een nieuwe rechtsvordering ingesteld, die voor de beantwoording van de verjaringsvraag opnieuw aan de desbetreffende wettelijke bepalingen moest worden getoetst. Dat betoog is juist. In geval een eiser in de loop van het geding zijn eis vermeerdert en de verweerder zich tegen de aldus bij wege van vermeederen van eis ingestelde vordering beroept op verjaring, hangt het tijdstip waarnaar moet worden beoordeeld of dit verweer doel treft, daarvan af of de aldus ingestelde vordering al dan niet moet worden aangemerkt als een nieuwe rechtsvordering; in het eerste geval is voor de vraag of zij tijdig is ingesteld, het tijdstip van de eisvermeerdering beslissend, in het tweede geval dat van de rechtsingang. Van een nieuwe vordering is geen sprake indien de bij wege van vermeederen van eis ingestelde vordering berust op dezelfde juridische en feitelijke grondslag als de vordering waarmee het geding was ingeleid (vgl. HR 12 november 1965, NJ 1966, 58, HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495).”

17 NJ 1997, 531.

Ik meen dat het oordeel van de Hoge Raad onjuist is. De Hoge Raad zoekt ter beantwoording van de verjaringsvraag aansluiting bij een procesrechtelijke kwalificatie, terwijl hij het doel en de rechtvaardiging van verjaring tot uitgangspunt had moeten nemen.

Meer concreet: bij de stuiting gaat het er als gezegd om dat de schuldenaar ervan bewust raakt dat hij zijn bewijspositie moet bewaren en zijn vermogenspositie onverkort op nakoming moet inrichten. Het procesrechtelijke onderscheid tussen een nieuwe of een niet nieuwe rechtsvordering sluit niet bij dat doel aan. Bepaald niet gezegd is immers dat van de inleidende dagvaarding het signaal uitgaat dat de debiteur tevens onverkort met betaling van het later bij vermeerdering van eis alsnog gevorderde restant rekening moet houden. Integendeel, als op een bepaalde juridische en feitelijke grondslag een vordering wordt ingesteld, zal de debiteur veelal geneigd zijn te veronderstellen dat het verder wel bij die vordering zal blijven en zal hij dus zijn bewijs- en vermogenspositie ten aanzien van het meerdere niet verzekeren.

Zo zal in de onderhavige zaak de aangesprokene met de ruim twaalf jaar na de inleidende dagvaarding te berde gebrachte schadepost geen rekening meer hebben gehouden. Dat is uit oogpunt van zijn bewijspositie bezwarend, omdat met het enkele feit dat de vordering op dezelfde feitelijke *grondslag* berust, niet gezegd is dat hij ten aanzien van de nieuw gevorderde post geen apart feitelijk verweer zou hoeven voeren. Het zal erom gaan of de nieuw gevorderde schadepost bestaat – moest de eiser zijn producten tegen een lagere prijs verkopen of niet? – en dat is een debat met geheel eigen bewijsmiddelen. Ook uit oogpunt van de planning van zijn vermogenspositie is de eisvermeerdering bezwarend, omdat hij die niet meer op nakoming van de extra gevorderde schade heeft ingericht. De vordering had dus met het oog op doel en rechtvaardiging van verjaring wél verjaard geoordeeld moeten worden.

Tot zover mijn voorbeeld. Het voorgaande hoopt het belang van gedachtevorming over doel en rechtvaardiging van verjaring te illustreren. De ruime aandacht voor doel en rechtvaardiging in dit boek wordt overigens niet alleen bepaald door hun belang. Ook de bijkomende omstandigheid dat er in Nederland gewoon nog niet veel over geschreven is, maakt een vrij uitvoerige behandeling noodzakelijk.

3.2 Rechtsvergelijking

Het gelukkige toeval wil dat de hiervoor genoemde bedenkingen over ons verjaringsrecht zijn gerezen, tegelijkertijd met de integrale herziening van zowel het Duitse als het Engelse verjaringsrecht; een beter moment voor rechtsvergelijkend onderzoek is eigenlijk niet denkbaar.

De herziening van het Duitse recht is tot stand gekomen met behulp van eerst een verkennend stuk in 1981,¹⁸ gevolgd door een rapport met definitieve aanbevelingen in 1992.¹⁹ Nadien zijn drie Duitse dissertaties over de bevrijdende verjaring

¹⁸ Peters, Zimmerman (1981).

¹⁹ Abschlußbericht (1992).

geschreven, waarvan er twee met name de definitieve aanbevelingen beschouwen²⁰ en één expliciet tot onderwerp heeft de grondslagen van de bevrijdende verjaring.²¹ Ook verscheen een monografie over de fundamenteën van de verjaring.²² Voorts is er de uitgebreide toelichting van de Duitse wetgever bij de hervormde verjaringsregels. Deze opsomming is uiteraard niet limitatief; zij laat bijvoorbeeld nog de Duitse commentaren en het grote aantal tijdschriftartikelen buiten beschouwing.

De herziening van het Engelse recht is voorbereid door de Engelse Law Commission in twee lijvige werken: in 1998 verscheen van haar hand een verkennend *Consultation Paper* (1998), in 2001 gevolgd door een aanbevelend *Report*. In de *Consultation Paper* werd uitvoerig vooronderzoek door de Law Commission gepresenteerd en deed zij voorlopige aanbevelingen. Die aanbevelingen werden becommentarieerd door 10 rechters, 14 rechtswetenschappers, 43 advocaten(kantoren), 13 overheidsinstellingen, 26 artsen, 14 burgers, 10 verzekeraars en 48 andere instanties. Vervolgens formuleerde de Law Commission met inachtneming van die aanbevelingen haar definitieve aanbevelingen in het *Report*. Ook buitenlands recht vormde daarbij een belangrijke inspiratiebron: de gedachten betreffende de hervorming van het verjaringsrecht in een groot aantal jurisdicties betrok zij mede in haar beschouwingen.

Tot op heden zijn de verjaringshervormingen nog niet gefinaliseerd. Toch zal ik aanbevelingen van de Law Commission bij bespreking van Engels recht tot uitgangspunt nemen, omdat die aanbevelingen “in principle” door de regering zijn aanvaard en hun omzetting in een *Limitation Bill* slechts een kwestie van tijd lijkt.²³ Bovendien

20 Haug, diss. en Unterrieder, diss.

21 Kornilakis, diss.

22 Oetker (1994).

23 Men begint in Engeland wel ongeduldig te worden. Hugh Bayley, Labour MP for the City of York, vroeg op 13 juni 2006 in de House of Commons “When the Government plan to implement the recommendations in the Law Commission’s 2001 report on limitations of actions.”

Vera Baird, Parliamentary Under-Secretary (Department for Constitutional Affairs) antwoordde: “The Government announced their acceptance in principle of the recommendations in 2002, subject to further consideration of some aspects of the Law Commission’s report. That work is now well advanced and it should end shortly. We will then seek a legislative opportunity to reform the law.” Hugh Bayley repliceerde: “Four years is a long time to wait (...)”. Een ander MP mengde zich in het debat met de opmerking: “The Minister referred to the four years since the Government basically accepted the Law Commission’s recommendation. Would it help to produce parliamentary encouragement for the Government if a list of all the outstanding Law Commission recommendations was published each year, outlining what progress is being made and what blockages there are to fulfilling those steps towards greater justice?”

De Parliamentary Under-Secretary lijkt daar toch niet voor te voelen en legt uit waarom het allemaal zo lang duurt: “I am sure that from time to time we do indicate the progress that is being made on Law Commission proposals, and of course the hon. Gentleman can, and will, ask questions of the Department about precisely that. The recommendations went far wider than the concern raised by my hon. Friend the Member for City of York (Hugh Bayley), [zijn opmerking had betrekking op verjaring bij seksueel misbruik – JLS] as they also related to matters such as time limits on squatters’ rights, corruption, insolvency applications and compulsory purchase orders. A great deal of work has had to be done across a number of Departments, which explains the delay. My noble Friend Baroness Ashton, whose portfolio this relates to, and the Lord Chancellor are particularly keen to get on with implementing this change.”

doet het feit dat zij nog niet zijn geïmplementeerd, weinig af aan de mate waarin zij het Nederlandse verjaringsdenken kunnen inspireren.

Dat in Engeland en Duitsland zo kort geleden grondig is nagedacht over precies de problemen waar dit boek over gaat, rechtvaardigt de verwachting dat van die jurisdicties veel te leren valt. Ter verdediging van rechtsvergelijking met Engeland en Duitsland zou ik nog twee overwegingen kunnen toevoegen. Ten eerste betreft het landen met een vergelijkbare sociaal-economische cultuur als de onze; die gelijkenis maakt rechtsvergelijking eerder vruchtbaar. Ten tweede stelt die keuze ons in staat te profiteren van de kracht van twee uiteenlopende rechtsculturen: het sterk feitelijk georiënteerde Common Law denken enerzijds tegenover het meer dogmatisch gefundeerde Duitse denken anderzijds.

Andere rechtsstelsel komen hier en daar ook wel aan de orde, maar veel minder prominent dan het Engelse en Duitse. Een uitzondering vormt in zekere zin het Zwitserse recht, niet omdat ik uitgebreid zal ingaan op positief Zwitsers verjaringsrecht, maar omdat in 1975 de Zwitser Spiro over de bevrijdende verjaring twee vuistdikke Duitstalige delen heeft geschreven die – mijns inziens terecht – tot op de dag van vandaag doorgaan voor het standaardwerk in de Duitstalige verjaringsdoctrine. Met name over doel en rechtvaardiging van verjaring is niemand zo scherp en uitvoerig als Spiro.²⁴ Naar zijn werk zal daarom met grote regelmaat worden verwezen.

Tot slot zal er, daar wij zij een perspectief toevoegen, ook aandacht zijn voor de *Principles of European Contract Law*.

4 De opbouw van dit boek

Dit boek kent vier delen. Het eerste gaat over doel en rechtvaardiging van verjaring. In het tweede deel zal ik trachten het nieuwe verjaringsrecht te ‘evalueren’. Het derde deel betreft de interpretatie van een aantal artikelen uit het nieuwe verjaringsrecht, en van enkele daar buiten gelegen verjaringsregels. In het vierde deel staan de twee verjaringsvragen van dogmatische aard centraal.

Het eerste deel speelt een centrale rol, in die zin dat ik in de andere drie delen met regelmaat zal verwijzen naar wat ik in het eerste deel over doel en rechtvaardiging van verjaring opmerkte.

Het voorgaande is te kennen via <http://www.theyworkforyou.com/debates/?id=2006-06-13a.630.5>.

24 Mijn indruk is dat dit ook in de Duitstalige doctrine zo wordt gevoeld. Zo bestaat bijvoorbeeld de paragraaf “Zweck und Rechtfertigung der Verjährung” uit Staudinger-Peters (2004) nagenoeg geheel uit verwijzingen naar Spiro (§ 194 Rnr 5-7), benadrukt Zimmerman in zijn voorstel aan de Duitse wetgever de prominente positie van Spiro’s werk (Peters, Zimmerman (1981), p. 101) en schrijft Oetker (1994), p. 14: “Gerade die schwerwiegende Eingriffe in das Bürgerliche Gesetzbuch, die die Schuldrechtskommission befürwortet, erzwingen eine Verständigung über die dogmatischen Grundlagen des Verjährungsrecht, die mit Ausnahme der fundamentalen Arbeit von *Spiro* in den vergangenen Jahrzehnten eher selten gewürdigt wurden.”

5 Hoe de rechtsvergelijking geïntegreerd is

Wat betreft de rechtsvergelijking hanteer ik wat men de ‘geïntegreerde methode’ noemt. Ik heb ernaar gestreefd de inzichten die ik aan buitenlands recht ontleen te verweven in mijn betoog. Er zijn daardoor geen aparte buitenlands recht beschrijvende hoofdstukken. Wel is het natuurlijk zo dat op verschillende plaatsen buitenlands recht toch vrij uitvoerig wordt weergegeven, omdat anders het argument dat ik daaraan wil ontleen onbegrijpelijk is. De bronnen van rechtsvergelijking hebben per deel en per hoofdstuk een wat uiteenlopend karakter.

Doel en rechtvaardiging van verjaring (deel 1) is een onderwerp dat met name in de doctrine aandacht krijgt. In de wettelijke regelingen staat er – uiteraard – niets over en in rechterlijke motiveringen wordt er wel aan gerefereerd, maar steeds in zodanig korte bewoordingen dat men misschien nog net leert welke rol de rechter aan de verjaring toedicht, maar nooit op welke grond hij dat doet. Heel begrijpelijk overigens, want rechterlijke uitspraken zijn nu eenmaal niet de plek voor abstracte verhandelingen over grondslagen. Gegeven die beperking spitst de rechtsvergelijking zich toe op de literatuur.

In het tweede deel (evaluatie van de Nederlandse verjaringregeling) is dat anders. Voor de nieuwe Nederlandse verjaringsregeling vormen de (nóg nieuwere) Engelse en Duitse verjaringsregels de spiegel bij uitstek. Bij beantwoording van alle acht deelvragen zal daarom steeds in ogenschouw worden genomen hoe op het betreffende punt het Engelse en Duitse recht luidt. In dit hoofdstuk zal er dus wel steeds een vast paragraafje ‘Engels en Duits recht’ zijn. De rechtsvergelijking zal zich hier niet beperken tot de buitenlandse regelingen, ook de commentaren die zij hebben ontlokt en de (nog schaarse) rechtspraak worden in ogenschouw genomen.

In het derde deel (interpretatie van verjaringsrecht) zal indirect stevig worden geprofiteerd van de in het eerste hoofdstuk verrichte rechtsvergelijking, doordat, zoals ik al schreef, de evaluatie van de verjaringsregeling die in het eerste hoofdstuk met nadrukkelijke aandacht voor buitenlands recht plaatsvindt, zeer bepalend is voor de interpretatie die in het tweede hoofdstuk volgt; er vindt zo ‘doorwerking’ van de rechtsvergelijking uit het eerste hoofdstuk in het tweede hoofdstuk plaats. Met betrekking tot interpretatieproblemen waarin het buitenlandse recht nog niet via hoofdstuk 1 gekend is, zal dat alsnog gebeuren, zo mogelijk door vergelijking met de Engelse en/of de Duitse pendant van de betreffende bepaling.

In deel vier (twee dogmatische vragen) zal ik beperkt aan rechtsvergelijking doen, omdat daar van buitenlands recht moeilijk vruchten te plukken zijn; ik zal ter plaatse uiteenzetten waarom.

6 Welke delen van dit boek zijn voor wie bedoeld?

Men hoort tegenwoordig wel zeggen dat juridische schrijvers zich meer rekenschap moeten geven van hun publiek, in die zin dat duidelijk moet zijn voor wie het geschrevene bedoeld is. Ik zal hierover inderdaad iets zeggen, in het besef evenwel van de

betrekkelijkheid van die opmerkingen omdat het natuurlijk aan de lezer is te bepalen wat hem wel en niet interesseert. Bovendien valt wat ik hier ga zeggen voor een deel al wel valt te bedenken bij bestudering van de inhoudsopgave. Hoe dan ook, laten wij de groepen wetgever, praktijkjurist en wetenschapper onderscheiden.

De wetgever is een belangrijke geadresseerde van dit boek, in die zin dat de evaluatie van het nieuwe verjaringsrecht (deel 2), een kwestie is die in de eerste plaats hem aangaat. Als de wetgever zichzelf serieus de vraag stelt of het nieuwe verjaringsrecht moet worden herzien, zou dat uiteraard met brede oriëntatie gepaard gaan. In dat kader zou ook de rest van dit boek aandacht verdienen.

De praktijkjurist heeft denk ik met name profijt van deel 3: dat gaat over de uitleg van positief verjaringsrecht. Ik heb geprobeerd dat deel zo op te zetten dat het optimaal ontsloten is voor naslag door de praktijkjurist; de door mij voorgestane oplossingen zijn steeds met op zichzelf staande redeneringen gestaafd, uiteraard wel met regelmatige verwijzing naar met name het eerste deel.

Welke passages voor de wetenschapper in het bijzonder van belang zijn, is lastig te zeggen. Als men veronderstelt dat het hem in de eerste plaats om fundamentele gedachtevorming gaat, zal zijn aandacht met name uitgaan naar het eerste en het vierde deel. Maar de nadere uitwerking in het tweede en derde deel van de in het eerste deel geuite opvattingen moet toch eigenlijk evenzeer onderwerp van wetenschappelijk debat zijn. De vele publicaties over concrete verjaringsonderwerpen wijzen uit dat dat ook zo is. Zo beschouwd zijn het tweede en derde deel van dit boek dus net zo goed als het eerste en het vierde voor de wetenschapper bestemd.

DEEL 1

Doel en rechtvaardiging van verjaring

7.1 De stand van de discussie in Nederland

Dat een vordering door voldoening teniet gaat, is vanzelfsprekend. Het is niet goed denkbaar dat een vordering blijft bestaan nadat zij is voldaan. Het tenietgaan van een vordering door verjaring¹ is veel minder vanzelfsprekend. Waarom zou louter tijdsverloop de schuldeiser zijn vordering ontnemen?

In het kader van een betoog waarin hij zich keerde tegen doorbreking van de absolute termijn door de Hoge Raad in Van Hese/De Schelde schreef Van Schaick: “We lijken ons nauwelijks druk te maken over de zin en strekking van de bevrijdende verjaring. Problemen met betrekking tot de bevrijdende verjaring worden vooral ad hoc opgelost.” Onbegrijpelijk is deze kritiek van Van Schaick niet: inderdaad lijkt in Nederland over de fundamenteën van de verjaring nog maar beperkt echte gedachte-uitwisseling te hebben plaatsgevonden.²

Zo is er in de twee Nederlandse proefschriften over de bevrijdende verjaring weinig over te vinden: Koopmann wijdt één alinea aan de grondslagen van verjaring³ en Lichtenauer twee.⁴ In tijdschriftartikelen worden vaak als opmaat tot bespreking van een concreet verjaringsprobleem wel enkele zinnen aan het doel van de verjaring gewijd, maar de daarin verwoorde opvattingen zijn meestal niet erg uitvoerig onderbouwd. Tjittes geeft de stand van het Nederlandse debat als volgt weer:

“Rechtsregels zijn veelal de vastlegging van een belangenafweging. Het recht betreffende bevrijdende verjaring vormt daarop geen uitzondering. Aan de ene zijde staat het belang

1 Verjaring heeft zwakke werking. Dat wil zeggen dat door de verjaring niet het vorderingsrecht, maar de rechtsvordering verloren gaat. In de praktijk betekent dat over het algemeen dat de crediteur zijn materiële recht niet meer kan verwezenlijken.

2 Snijders, *WPNR* 2005, p. 79 schrijft over het fenomeen van de onderbelichte algemene gezichtspunten het volgende: “Zoekt men naar wat [over de grondslagen – JLS] bij de totstandkoming van het nieuwe vermogensrecht naar voren is gebracht, dan dringt zich onontkoombaar de gedachte op aan één van de wetten van Parkinson. Die wet komt erop neer dat, als in een vergadering een moeilijk, belangrijk en discutabel besluit moet worden genomen, niemand zijn mond open doet, maar dat, wanneer het gaat om zoiets triviaals als de wijze van koffie rondbrengen door de koffiejuffrouw, iedereen ineens het hoogste woord heeft.” Inderdaad is over detailpunten van de bevrijdende verjaring wél erg veel geschreven.

3 Koopmann, diss. p. 4.

4 Lichtenauer, diss. lijkt met 5 pagina's (15 t/m 19) uitgebreider, maar zijn betoog strekt overwegend ter betwisting van het opleggen van straf als grondslag van verjaring; de redenering waarin hij uiteenzet waarin dan het motief wél gelegen zou zijn, beslaat twee alinea's.

van de schuldeiser om zijn vordering geldend te kunnen maken. Aan de andere zijde staat het belang van de debiteur om niet na lange tijd geconfronteerd te worden met een rechtsvordering. De wetgever wijst erop dat als de tijd verstrijkt bewijsstukken van het al dan niet bestaan van een rechtsvordering niet meer voorhanden zijn, er geen getuigen meer (te achterhalen) zijn en de waarde van het getuigenbewijs door het falende menselijke geheugen afwezig of verminderd is. Het verjaringsrecht staat aldus in de sleutel van tegemoetkoming aan bewijsproblemen van de debiteur als gevolg van een zeker tijdsverloop voordat hij door de crediteur is aangesproken. Een andere sleutel waarin de verjaring gezet kan worden, is sanctie op inactief gedrag van de crediteur. Indien de crediteur geen gebruik maakt van een faire kans om zijn recht geldend te maken, verjaart zijn rechtsvordering. Die gedachte ligt ten grondslag aan verjaringsrecht waarvan het aanvangstijdstip afhankelijk is van de wetenschap van de crediteur met omstandigheden die relevant zijn voor het geldend kunnen maken van zijn recht. Dat gezichtspunt is prominent aanwezig bij subjectieve verjaringstermijnen. Maar het leerstuk van de verjaring dient niet alleen het belang van een individuele debiteur of individuele crediteur. Verjaring dient tevens een algemeen belang om – zoals het in Duitsland wordt uitgedrukt – de ‘Rechtsfrieden’ (rechtsvrede, maatschappelijke rust) te bevorderen. Voorts dient de verjaring een vlot lopend economisch verkeer, waar een crediteur niet onnodig lang mag talmen om een rechtsvordering tegen een debiteur aanhangig te maken.(...)”⁵

Zo op het eerste gezicht stemt wellicht dit beeld niet tot ontevredenheid, maar bij doordenken rijzen misschien toch vragen. Bijvoorbeeld:

(i) Er staat dat de verjaring de debiteur beoogt te behoeden voor bewijsnood door tijdsverloop. Is dat de enige dienst die de verjaring de debiteur verricht? Ik zal bepleiten dat voor de debiteur even belangrijk is dat verjaring hem behoedt voor vorderingen waarmee hij bij het inrichten van zijn vermogenspositie geen rekening meer had gehouden.⁶ (ii) Een aantal van de genoemde verjaringsdoelen vraagt eigenlijk om nadere duiding. Zo spreekt de “sanctie op inactief gedrag van de crediteur” als verjaringsmotief niet vanzelf, omdat het opleggen van een sanctie bij wijze van represaille een maatregel is die enigszins vreemd is aan ons privaatrecht; “Het algemeen belang van de maatschappelijke rust” is een op zichzelf serieus te nemen kwestie, maar de vraag is of niet eigenlijk het gehele privaatrecht of zelfs het recht in het algemeen ertoe strekt de maatschappelijke rust te bevorderen; wat betreft het bevorderen van vlot lopend economisch verkeer is niet direct duidelijk of een maatregel die ingrijpt in de *individuele* rechtsverhouding nu wel geëigend is om dat *algemene* belang te dienen. (iii) Is het ene verjaringsdoel wellicht belangrijker dan het andere? Er staat dat verjaring strekt tot bescherming tegen bewijsnood, dat een “andere sleutel” waarin men verjaring kan zetten de sanctie op inactief gedrag is, en dat de verjaring “niet alleen” het belang van de individuele debiteur dient, maar ook het algemene belang. Welk belang is nu het meest wezenlijk? Is er één zelfstandig dragend, of hebben we

⁵ Tjittes, *WPNR* 2002, p. 53.

⁶ Als men naast bescherming tegen bewijsnood niet tevens bescherming tegen verouderde vorderingen als verjaringsdoel erkent, wordt het bijvoorbeeld heel lastig de verjaring van vorderingen waarvan de gegrondheid vaststaat te rechtvaardigen; daar doet zich het probleem van teloorgang van bewijs niet voor en kan het dus ook niet als rechtvaardiging voor verjaring dienen. Zie nader § 8.2.2.

ze allemaal nodig? (iv) Tot slot: in de beschouwing wordt een aantal verjaringsdoelen geïdentificeerd, zonder dat daarna expliciet de vraag aan de orde komt of die doelen de verjaring ook inderdaad rechtvaardigen. Om die vraag te beantwoorden is vereist dat men tevens in ogenschouw neemt hoe hard de ondergang van zijn vordering de debiteur treft. Slechts vanuit een perspectief waarin zowel het doel van verjaring als het offer dat zij van de debiteur vergt zijn betrokken, kan men zinvol over verjaring denken.

Het meest diepgravend over doel en rechtvaardiging in de Nederlandse doctrine zijn een artikel van Brunner uit 2001,⁷ een passage in de dissertatie van Valk over rechtsverwerking⁸ en artikelen van Van Schaick⁹ en Wiersma.¹⁰ Het is op zichzelf denkbaar dat met deze publicaties de discussie tot het einde gevoerd is, maar ik geloof niet dat dat zo is. Waarom niet zal blijken uit het onderstaande betoog.

7.2 De stand van de discussie in Engeland en Duitsland

Een enkel woord over de discussie in het buitenland. Hoewel ook in de Duitstalige doctrine de klacht wordt gehoord dat het verjaringsdebat zich te veel toespitst op details,¹¹ is er daar over de fundamenteën toch veel meer geschreven dan in Nederland. Er is het standaardwerk van Spiro,¹² maar ook andere werken hebben vrij uitvoerig aandacht voor de grondslagen van verjaring.¹³

Wat het Engelse recht betreft is met name van belang wat de Law Commission in haar *Consultation Paper* over de “General Policy Aims”¹⁴ van verjaringsrecht schrijft, vooral vanwege de concrete termen waarin daar het doel van de verjaring wordt geschetst. Voor het overige zijn publicaties die zich werkelijk toespitsen op

7 Brunner, *Themis* 2001.

8 Valk, diss. p. 71 e.v.

9 Van Schaick, *WPNR* 2000.

10 Wiersma, *PP* 2003.

11 Haug, diss., p. 11 merkt op dat publicaties over bijzondere problemen “kaum noch überschaubar” zijn, terwijl “die allgemeinen Regeln des Verjährungsrechts einer eingehenden Beschäftigung nicht wert zu sein scheinen.” Piekenbrock (2006) schrijft: “Es gibt wohl nur wenig Rechtsinstitute, bei denen praktische Relevanz in einem solchen Mißverhältnis zur Intensität der wissenschaftlichen Bearbeitung steht wie die Verjährung.” In dezelfde zin Oetker (1994), p. 14.

12 Het werk van Spiro lijkt tot op de dag van vandaag richtinggevend te zijn. De paragraaf “Zweck und Rechtfertigung der Verjährung” uit Staudinger-Peters (2004) bestaat bijvoorbeeld nagenoeg geheel uit verwijzingen naar Spiro (§ 194 Rn 5-7). Ook Oetker (1994), p. 14 benadrukt het belang van Spiro’s werk.

13 Kornilakis, diss. p. 19-48; Unterrieder, diss. door het hele boek maar met name p. 14-23; Mansel (2001), p. 342-352; Oetker (1994) welbeschouwd geheel.

14 Law Commission (1998), p. 11 e.v.

of diepgaand aandacht besteden aan doel en rechtvaardiging van verjaring er, voor zover ik heb kunnen nagaan, eigenlijk niet.¹⁵

7.3 Het onderscheid tussen doel en rechtvaardiging van verjaring

Het onderstaande betoog is opgebouwd uit de twee componenten doel en rechtvaardiging van verjaring. Dat heb ik niet zonder reden gedaan. Het onderscheid tussen die twee is van groot belang.

Bij het doel van verjaring hebben wij het over de gewenste effecten van de verjaring. Dat is de positieve kant. Maar verjaring is niet gratis; verjaring heeft het verlies van recht van de crediteur tot gevolg. Wil men een oordeel vellen over de wenselijkheid van verjaring, dan is het noodzakelijk naast haar voordelen tevens het offer dat zij van de crediteur vergt in ogenschouw te nemen.

Men zou hier het woord belangenafweging kunnen gebruiken. Ik vind dat ook niet echt verkeerd, maar het suggereert in sterkere mate het bestaan van een dilemma – een moeilijke keuze tussen het belang bij verjaring en het offer van de debiteur – dan zich in werkelijkheid voordoet. Ik heb de indruk gekregen dat zodra men het doel van verjaring enerzijds en het offer dat de verjaring vraagt anderzijds heel helder voor ogen heeft, een echt problematische afweging in de overgrote meerderheid eigenlijk niet aan de orde is; het is direct wel duidelijk wat het zwaarst weegt.

Om dat maar meteen met in praktische zin het belangrijkste voorbeeld te illustreren: als de crediteur gedurende vijf jaar de mogelijkheid heeft gehad zijn vordering in te stellen en hij heeft dat zonder reden niet gedaan, terwijl als gevolg daarvan de bewijs- en rechtszekerheidspositie van de debiteur is ondergraven, is de uitkomst van de belangenafweging nauwelijks voor discussie vatbaar. Het belang van de crediteur bij eeuwige voortdurende van de geldigheid van zijn recht is nauwelijks serieus te nemen – hij heeft die mogelijkheid door zelfverkozen dralen verspeeld – terwijl het belang van de debiteur om niet meer te worden aangesproken juist wel heel wezenlijk is.

Naar mijn mening kunnen wij ook buiten “verwijt aan de crediteur wegens noodloos lang op zijn recht zitten” na zorgvuldige benoeming van de betrokken belangen de vraag naar de rechtvaardiging van verjaring stellig beantwoorden, al vergt dat, zoals wij zullen zien, een aanzienlijk uitvoeriger redenering.

15 De stelling dat diepgravende publicaties er *niet* zijn, laat zich, zoals vaker geldt voor dit type negatieve stellingen, lastig bewijzen. Misschien kan ter adstructie dienen dat de Law Commission in haar *Consultation Paper* de door haar voorgestane verjaringsdoelen uit een aantal verschillende bronnen “bijeensprokkelt”; in die bronnen vindt men dan eigenlijk steeds alleen het betreffende verjaringsdoel geformuleerd en ontbreekt een breder perspectief. Als er een werk had bestaan dat de ambitie had doel en rechtvaardiging van verjaring meeromvattend te behandelen, zou de Law Commission daarnaar in haar *Consultation Paper*, dat een verkennend en introducerend karakter heeft, toch verwezen hebben (zoals bijvoorbeeld Zimmerman in zijn voorstel aan de Duitse wetgever de prominente positie van Spiro’s werk benadrukt).

7.4 De opbouw van het betoog

De voornoemde evidentie heeft gevolgen voor de opbouw van het betoog: waar men wellicht zou verwachten dat het is opgebouwd uit drie delen – identificatie doel verjaring, identificatie offer verjaring, afweging – zijn er slechts twee; eerst de identificatie van het doel van verjaring en vervolgens het offer dat de verjaring vergt, direct gecombineerd met beantwoording van de vraag naar de rechtvaardiging van verjaring.

Met die gedachten over doel rechtvaardiging van verjaring is uiteraard nog niet gezegd hoe het positieve verjaringsrecht wat mij betreft zou moeten luiden. Ik zal proberen mijn opvatting te verwoorden door het geldend Nederlands recht tot uitgangspunt te nemen en in de becommentariëring daarvan, dus in deel twee van dit boek, tot uiting te brengen hoe wat mij betreft de Nederlandse verjaringsregeling er uit zou moten zien. Die opbouw leek mij verantwoord, omdat mijn mening over het doel en de rechtvaardiging van verjaring in het geldend recht eigenlijk heel redelijk tot uitdrukking komt. De twee dragende concepten van dat recht, de subjectieve en de objectieve termijn, vormen mits juist geïnterpreteerd een vrij adequate vertaling van wat ik hierna zal schrijven over de rechtvaardiging van verjaring. Er is dus geen reden om met een schone lei te willen beginnen; het geldend recht geeft een voldoende structuur om mijn betoog te voeren.

Eerst nu het doel van de verjaring.

8 | Het doel van verjaring

8.1 Inleiding

Men kan het doel van de verjaring op drie verschillende niveaus zoeken: op het niveau van de individuele debiteur, op het niveau van de rechtsgemeenschap als geheel en op het tussenniveau van de betrokken derde. Voorts is er nog een aantal minder duidelijk te rubriceren, in de literatuur ook wel verdedigde verjaringsdoelen. Ook ziet men wel een rechtseconomisch belang bij verjaring. Over al die aspecten is het volgende te zeggen.

8.2 Bescherming van de individuele debiteur

Het effect van de verjaring doet zich het meest direct voelen in de rechtsverhouding tussen debiteur en crediteur: door de verjaring kan immers de crediteur de debiteur niet meer met succes tot nakoming van zijn verbintenis aanspreken. Om die reden ligt het voor de hand allereerst in die verhouding het doel van verjaring te zoeken.

8.2.1 Bescherming tegen ongegronde vorderingen

Naarmate het tijdsverloop toeneemt tussen enerzijds het moment waarop de feiten waarop een vordering is gebaseerd zich hebben voorgedaan en anderzijds het moment waarop een vordering geldend wordt gemaakt, is het voor de vermeende schuldenaar moeilijker zich tegen die vordering te verweren, veronderstellende al dat hij in staat zou zijn een eigen standpunt over de gegrondheid van de vordering in te nemen.¹

¹ De *obfuscating power of time* en de daaruit voortvloeiende noodzaak tot bescherming van de (quasi-) debiteur tegen bewijsnood is alom aanvaard als verjaringsdoel; voor zover publicaties of rechterlijke uitspraken zich over doelen van verjaring uitlaten, noemen zij het. Ik heb het niet ook maar één keer betwist zien worden.

Wat de doctrine betreft: zie onder vele anderen Asser/Hartkamp 4-I, nr. 653; Koopmann, diss., p.; Von Savigny (1841), p. 267; Mugdan (1899), p. 512; Spiro (1975), p. 8; Staudinger-Peters 2004, § 194 Rnr 5; Palandt-Heinrichs (2002) Überblick vor § 194 Rnr 7; Piekenbrock (2006), p. 327; Büning (1964), p. 7 Law Commission (1998), p. 11. De laatste schrijft bijvoorbeeld: “A key concern was that the defendant would have lost relevant evidence, and be unable to defend the case adequately. Due to the loss of vouchers or other written evidence, and the death or disappearance of witnesses it might be very difficult, if not impossible, for a defendant to meet a claim made after several years had gone by. Even where witnesses were still available they might have no memory – or an inaccurate memory – of the events in question.” Deze passage laat zich met talloze vergelijkbare citaten

Immers, in het algemeen verliezen bewijsmiddelen door tijdsverloop aan kracht en geloofwaardigheid of verdwijnen zij zelfs helemaal. Getuigen zijn niet meer te vinden of hun herinneringen zijn vervaagd. Schriftelijk stukken raken zoek of worden weggegooid.² In dit verband is te bedenken dat een schriftelijk stuk zelfstandig, zonder toelichting van betrokkenen over zijn context zelden voldoende zeggingskracht heeft en andersom ook getuigenverklaringen geheel los van schriftelijke stukken beschouwd vaak weinig betekenis hebben.³ Doordat in zekere zin dus de ketting zo sterk is als zijn zwakste schakel, redt de mogelijke persistentie van een of een aantal van de benodigde bewijsmiddelen de bewijsvoering in haar geheel meestal niet.

De voorgaande alinea gaat uit van een nog tamelijk heldere situatie, in die zin dat de aangesprokene zelf zijn positie heeft bepaald en verweer wil voeren vanuit de overtuiging dat de vordering ongegrond is. In de praktijk echter zal de aangesprokene zich, zeker na aanzienlijk tijdsverloop, vaak in een veel schimmiger toestand bevinden, namelijk die waarin hij zelf eigenlijk geen idee heeft of de vordering nu gegrond is of niet. Voorbeelden laten zich gemakkelijk bedenken: de feiten vonden plaats onder een rechtsvoorganger; de werknemers die bij de totstandkoming van het contract betrokken waren zijn overleden of onvindbaar of de betrokkene weet zich van de toedracht van de vermeende onrechtmatige daad niets meer te herinneren. Zo meende in een Engelse zaak⁴ een patiënte dat de twee artsen door wie zij was geopereerd een medische fout hadden gemaakt. Zij sprak de artsen aan tot schadevergoeding, 28 jaar na de operatie. Op dat moment waren alle medische gegevens vernietigd, was een van de artsen overleden en was de andere meer dan tachtig jaar oud, nauwelijks nog *compos mentis*. Onder die omstandigheden konden de artsen zich niet meer verweren, eenvoudig omdat zij zich zelf geen oordeel over de vordering konden vormen.

Die verduistering van het verleden – of het nu slechts bewijsmiddelen of in meer brede zin de gegevens om zijn positie te bepalen betreft – is de schuldenaar niet te verwijten. Het is onmogelijk het verleden integraal tot in lengte van dagen te boek-

aanvullen. Zo staat reeds in het uit 1829 stammende *First Report of the Real Property Commissioners* (Parliamentary Papers, 1829, Vol X, p 1, 39): “Experience teaches us, that owing to the perishable nature of all evidence, the truth cannot be ascertained on any contested question of fact after a considerable lapse of time.”

Wat de rechtspraak betreft, uit een lange reeks: Van Hese/De Schelde (28 april 2000, *NJ* 200, 430), r.o. 3.3.1 en *The House of Lords*, 1 maart 2006 (Haward -v- Fawcetts); Noem ook een Duitse zaak.

2 De Law Commission (1998), p. 11, schrijft bijvoorbeeld: “Although written records may be more durable than the memory of a witness, they may still be lost, or deteriorate in quality over time. The improvement in our capacity to record and store information in retrievable form has increased the amount of documentary information available, but in order to keep the amount of information handled to manageable levels, and to reduce storage costs, many institutions have implemented document destruction policies, whereby documents not required for immediate needs are destroyed after a set interval.”

3 Zo zal bijvoorbeeld gelet op het Haviltex-criterium een contract zonder toelichting van hen die bij de totstandkoming van dat contract betrokken waren niet naar behoren uitgelegd kunnen worden, terwijl al helemaal de enkele getuigenverklaringen over dat contract zonder de eigenlijke tekst onbruikbaar zijn.

4 *Colegrove v Smyth*, [1994] 5 Med LR 111.

staven. Om drie redenen te noemen: (i) men weet eenvoudig niet uit welke feitencomplexen eventueel nog aanspraken kunnen voortvloeien (ii) een noodzakelijk ongerichte verzameling gegevens is in kwantitatieve zin niet te overzien⁵ en (iii) sommige middelen om de feiten vast te stellen, zoals met name het menselijk geheugen, laten zich eenvoudig niet conserveren.

De niet-toerekenbare verzwakking van zijn bewijspositie brengt het gevaar met zich mee dat de aangesproken partij inderdaad wordt veroordeeld, terwijl de vordering in werkelijkheid ongegrond is. Die dreiging is nog sterker als hij zelfs zijn eigen positie niet meer kan bepalen; het is dan niet eens meer mogelijk de feiten te stellen om tot afwijzing van de vordering te concluderen, het bewijs van die feiten nog daargelaten. De verjaring heeft tot doel dit risico op een onterechte veroordeling te ecarteren door de vordering gedurende slechts beperkte tijd in rechte afdwingbaar te doen zijn.

Hoewel op zichzelf de bescherming van de debiteur tegen bewijsnood als verjaringsdoel noch in Nederlandse, noch in de buitenlandse literatuur wordt betwist – integendeel, het wordt bijna steeds genoemd –, lijken soms zijn implicaties niet helemaal te worden onderkend. Die miskenning is erin gelegen dat verjaringsdiscussies zich over het algemeen toespitsen op de vraag of het al dan niet terecht is dat een bepaalde vordering verjaart. Als men de verjaringsvraag echter langs die lijn formuleert, neemt men *het bestaan* van die vordering tot uitgangspunt en slaat men de vraag of hij wel of niet bestaat over. Met die vooronderstelling is in feite, waarschijnlijk veelal onbewust, al een heel zwaar argument tegen de verjaring aangevoerd; door aan te nemen dat de vordering bestaat, neemt men logischerwijze tevens aan dat de bewijslevering ten aanzien van dat bestaan rond is. Daarmee is in feite een van de dragende bestaansredenen van de verjaring irrelevant verklaard.

Illustratief in dit verband is de Nederlandse discussie over de verjaring van asbestvorderingen. Daar was het meest gehoorde argument tegen verjaring dat het toch niet zo kan zijn dat een vordering verjaart, nog voordat de benadeelde – die ziek werd, meer dan dertig jaar na de laatste asbestblootstelling – zijn vordering had kunnen instellen. Dat is geen overtuigende tegenwerping, omdat de absolute dertigjaarstermijn per definitie vorderingen doet verjaren die de benadeelde nog niet had kunnen instellen.⁶ Een veel wezenlijker bedenking bij verjaring van asbestvorderingen is dat, met name vanwege het monocausale karakter van de asbestziekte mesothelioom, zelfs na meer dan dertig jaar nog met voldoende mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat een vordering bestaat; dat dus, anders dan normaal bij lang tijdsverloop, de bewijsmiddelen nog niet in onaanvaardbare mate zijn aangetast en dat dus een zeer belangrijk, zo niet het belangrijkste verjaringsmotief geen opgeld doet. Dit bezwaar

5 Vergelijk in dit verband Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1408, waar erop wordt gewezen dat het bewaren van bewijsmateriaal kosten met zich meebrengt, die in de sfeer van beroep en bedrijf soms hoog kunnen oplopen.

6 Zie nader hierna, § 13.1.

tegen het aannemen van verjaring is echter in de doctrine nooit geëxpliciteerd, omdat het startpunt van de gedachtevorming steeds het bestaan van de vordering was.⁷

Overigens gebiedt de eerlijkheid te zeggen dat de woorden “verjaring van een vordering” ook wel tot dit soort Baron van Münchenhausen-achtige misverstanden aanleiding geven, omdat ook die woorden vooronderstellen *dat* er een vordering *is*. Het in deze paragraaf bedoelde doel van de verjaring is evenwel, om zo te zeggen, vorderingen te doen verjaren die ongegrond zijn, maar waarvan toewijzing dreigt doordat de debiteur zich wegens bewijsnood door tijdsverloop niet meer kan verweren. Als de verjaring die rol vervult, verjaart er dus eigenlijk helemaal geen vordering, want er *is* geen vordering en die is er ook nooit geweest.⁸⁹

Tot slot is het misschien goed twee mogelijke kanttekeningen bij de bescherming tegen bewijsnood als verjaringsdoel te bespreken. Ten eerste zou men zich kunnen afvragen of dat doel niet eveneens kan worden bereikt door de enkele verschuiving in bewijslast ten gunste van de aangesprokene.¹⁰ De zwakte van dat alternatief is dat het, waar de feiten werkelijk zijn ondergesneeuwd, ontoereikend is: het versterkt weliswaar de positie van de aangesprokene in het processuele debat, maar het ontslaat hem niet van de verplichting dat debat te voeren; hij moet onverkort zijn eigen positie bepalen en zelfs als hij dat zou kunnen, dan zal hij, waar zijn wederpartij op het eerste gezicht overtuigende bewijzen ter tafel brengt, niet in staat zijn bewijsrechtelijk weerwerk te bieden in de vorm van bijvoorbeeld tegenbewijs.¹¹

Ten tweede zou over de bescherming tegen bewijsnood als doel van de verjaring twijfel kunnen rijzen vanuit de gedachte dat tijdsverloop toch evenzeer de bewijspositie

7 Naast (i) het feit dat het bewijsmotief van beperkt belang was, pleitte in de asbestzaken tevens tegen verjaring dat (ii) de schuldenaar nog in zekere mate rekening had kunnen houden met de schadevergoedingsvordering en (iii) het slachtoffer het nadeel pas na ommekomst van de verjaringstermijn in alle hevigheid ondervond zodat de tijd nog geen helende werking had kunnen hebben. Zie nader Smeehuijzen, *AV&S* 2005 en hierna, § 13.1.

8 Voor de bewoordingen “verjaring van een vordering” is echter geen alternatief (ik heb het althans niet kunnen verzinnen) en bovendien is, zolang men zich maar bewust is van het misverstand dat zij in de hand kunnen werken, hun verwarrende effect nu ook weer niet zo groot dat de discussie gebaat is bij nieuwe terminologie. Evenzeer onzuiver zijn overigens, om dezelfde reden waarom de “verjaring van een vordering” onjuist is, formuleringen waarin wordt gesproken van bescherming van “de debiteur” tegen bewijsnood: als de verjaring die functie vervult, was er helemaal geen debiteur. Voor het woord debiteur is wel een alternatief, men zou steeds kunnen spreken van de (quasi)debiteur, maar het bezwaar daarvan is dat het lijkt te miskennen dat de verjaring tevens strekt ter bescherming van werkelijke debiteuren (we zullen dat nog zien). Bovendien geldt ook hier wat mij betreft dat de gebrekkigheid van de term debiteur onvoldoende zwaarwegend is om de verjaringstaal te veranderen.

9 Het uitgangspunt overigens dat er een vordering bestaat, is dieper in ons verjaringsrecht verankerd dan alleen in het taalgebruik. Zo vangt het belangrijkste type verjaringstermijn, de zogenaamde relatieve termijn, aan op het moment waarop de debiteur in staat was *zijn vordering* in te stellen.

10 Zie Wiersma, *PP* 2003, p. 16, die suggereert “de regeling van de bevrijdende verjaring in Boek 3 BW te vervangen door een in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op te nemen regeling van wettelijke vermoedens”. Die suggestie moet afgezien van de kwestie van het bewijs met name stranden omdat zij miskent dat de debiteur er een wezenlijk belang bij heeft op enig moment te weten waar hij aan toe is, geheel afgezien van de bewijsproblematiek.

11 Zie in vergelijkbare zin Spiro (1975), p. 9.

van de eiser als die van de gedaagde aantast. Men zou zelfs kunnen zeggen dat de eiser nog sterker wordt benadeeld, doordat bij aanvang van de procedure de stel- en bewijsbal op zijn helft ligt; hij moet het bestaan van zijn vordering adstrueren. Het weerwoord op dit bezwaar van eenzijdigheid is dat de eiser de bescherming tegen *the obfuscating power of time* niet nodig heeft, omdat hij zich die bescherming zelf kan verschaffen; hij heeft immers het tijdsverloop in de hand doordat hij als initiatiefnemer tot de procedure bepaalt wanneer de vordering wordt ingesteld.¹²¹³

8.2.2 De rechtszekerheid van de debiteur

Zoals hiervoor uiteen werd gezet, is een belangrijk doel van verjaring de gedaagde tegen ongegronde vorderingen te beschermen. Daarmee wil niet gezegd zijn dat de verjaring zich zou willen beperken tot ongegronde vorderingen. Integendeel, een prominent doel van de verjaring is ook de afdwingbaarheid van vorderingen die wél gegrond zijn aan tijdsgrenzen te onderwerpen.¹⁴

12 Zie in gelijke zin Spiro (1975), p. 8. Interessant is dat Von Savigny nog een stap verder gaat, in die zin dat hij de controle over de tijd van de eiser niet slechts ziet als een reden om hem nadere bescherming te onthouden, maar als een extra motief voor verjaring, omdat de eiser de positie van de gedaagde door zijn dralen met opzet zou kunnen ondermijnen: “Ein wichtiger Grund der Klageverjährung (...) liegt endlich darin, daß der Einstellung der Klage in der Willkür des Klägers liegt, daß er es also in seiner Macht hat, durch lange Verzögerung derselben, der Verteidigung des Beglagten zu erschweren, indem die Beweismittel ohne des Beglagten Schuld untergehen können, z.B. durch den Tod der vorhandenen Zeugen. Die Beschränkung dieser einseitigen Macht des Klägers, die auf unredliche Weise misbraucht werden kann, ist verzüglich zu beachten.” (Von Savigny 1841, p. 271). Die angst voor weloverwogen misbruik van tijdsverloop ziet men in meer recente verhandelingen over de ratio van verjaring niet of nauwelijks terug.

Overigens geldt de in de hoofdttekst bedoelde rechtvaardiging alleen voor de (standaard)situatie waarin de eiser zijn vordering inderdaad binnen afzienbare tijd kon instellen. Als hij dat niet kon, is het op zichzelf een nobel streven ook hem tegen teloorgang van bewijs door tijdsverloop te beschermen. De moeilijkheid is evenwel dat die bescherming zich niet verdraagt met de werking van verjaring; die neemt hem zijn vordering nu juist af, terwijl de bescherming van de eiser tegen teloorgang van bewijs erop gericht zou moeten zijn hem die vordering met succes te laten doorzetten. Met andere woorden: zolang de verjaring gerechtvaardigd is, is er voor een instrument dat de eiser beschermt geen plaats.

13 Ook kan men nog aanvoeren dat in werkelijkheid de gedaagde zich in een nadeliger bewijspositie dan de eiser kan bevinden doordat de gedaagde zich er niet van bewust is dat nog een vordering tegen hem gericht zal worden. Zie bijvoorbeeld de Law Commission: “The events giving rise to the plaintiff’s claim may be one of a series of similar transactions (...), and the defendant may have no particular reason to recall them or to preserve any related evidence. The defendant may also in many cases be unaware that the plaintiff had any grounds for making a claim against him or her.” (Law Commission (1998) p. 11).

14 Evenzeer als bescherming tegen bewijsnood, wordt in de doctrine als verjaringsmotief breed aanvaard de bescherming tegen gegronde, maar niet meer verwachte vorderingen. Zie Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr 653; Valk, diss. p. 72; Spiro (1975), p. 11 e.v.; Staudinger-Peters (2004), § 194 Rnr 5; Mükö-Grothe (2003), Rnr 6; Palandt-Heinrichs (2002), § 194 Rnr 8; Diepenbrock (2006), p. 329 e.v.; McGuire (2004), p. 3; Law Commission (1998) p. 12.

Wiersma, *PP* 2003, p. 13, is een van de weinigen, zo niet de enige (een met zijn opvatting overeenstemmende stellingname ben ik niet tegengekomen), die meent dat de verjaring uitsluitend dient ter voorkoming van bewijsmoeilijkheden.

Men zou in de gedachtevorming hieromtrent vier situaties kunnen onderscheiden. Ten eerste is het mogelijk dat de debiteur ondanks substantieel tijdsverloop zich van de vordering op zichzelf nog wel bewust is, maar hij haar gegrondheid betwist. Ten tweede is denkbaar dat hij van het bestaan van de vordering nooit heeft geweten. Ten derde kan het zich voordoen dat de debiteur het bestaan van de vordering vergeten is. Ten vierde is er de mogelijkheid dat de debiteur niet over de verschuldigdheid van de vordering twijfelt en hij haar ook niet vergeten is. Wij zullen zien dat in alle vier die situaties de verjaring een belang dient, maar dat dit belang in de derde en name de vierde situatie minder klemmend is. Voorts zal blijken dat het vertrouwensbeginsel aan dat belang steeds op verschillende wijzen accent geeft.

Ten eerste dus de situatie waarin de debiteur de vordering niet vergeten is, maar hij haar gegrondheid betwist. De veronderstelling in deze paragraaf is dat de vordering gegrond is, maar die zekerheid bestaat in werkelijkheid, voordat de rechter onherroepelijk uitspraak heeft gedaan, veelal niet. Het kan heel goed zijn dat de debiteur oprecht in de veronderstelling verkeert niets te hoeven voldoen of zulks tenminste vatbaar voor discussie acht. Zelf heeft hij het praktisch beschouwd niet in zijn macht aan de onzekerheid een einde te maken, omdat het initiatief tot een procedure niet bij hem, maar bij de crediteur ligt. De dreiging van een betwiste maar niet definitief gefalsificeerde vordering bezwaart de positie van de debiteur. Hij kan haar immers bij de inschatting van zijn vermogenspositie niet negeren omdat de kans bestaat dat zij toch gegrond blijkt te zijn. Enigerlei voorziening is dus onvermijdelijk. Voorzieningen leggen echter beslag op het te activeren vermogen, zodat hun onafzienbare handhaving belastend is. De debiteur heeft er gelet op deze problematiek van de vermogensplanning belang bij de vordering op enig moment uit de boeken te kunnen schrappen.

Voorts zal over het algemeen de debiteur niet tot in lengte van dagen blijven reserveren, maar er op enig moment op gaan vertrouwen dat hij wel niet meer zal hoeven voldoen: als de crediteur van oordeel was geweest dat de vordering wel verschuldigd was, dan had hij haar toch wel ingesteld. Zodra die ontwikkeling zich voordoet verschieft het verjaringsbelang van kleur, in die zin dat de verjaring niet meer is gericht tegen de noodzaak van het eindeloos beschikbaar houden van middelen, maar ter bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen.

Ten tweede zijn er gevallen waarin de debiteur de vordering niet betwist, maar hij haar nooit heeft gekend, bijvoorbeeld doordat hij bij haar ontstaan niet zelf betrokken is geweest. Dat kan zich voordoen als de vordering is voortgevloeid uit de fout van iemand voor wie hij kwalitatief aansprakelijk is, zoals een kind, een werknemer of een vertegenwoordiger, of uit de gedraging van een compagnon of een erflater. Ook in die situatie is het verlate geldend maken van de vordering voor de debiteur bezwaarlijk. Bij gebrek aan bekendheid heeft hij weliswaar deze specifieke vordering nooit ingecalculeerd, maar in algemene zin zal de prudente debiteur wel rekening houden met het ontstaan van vorderingen buiten zijn invloed. De periode waarover hij dat doet, kan echter niet oneindig zijn. Als hij na het verstrijken van die periode alsnog wordt aangesproken, kan hem dat in verlegenheid brengen. Met name gecumuleerde periodiek verschuldigde bedragen kunnen tot serieuze problemen leiden. Ook afgezien van die directe financiële nood is het in bredere zin, uit economisch en

psychologisch oogpunt, hinderlijk door een oude vordering te worden overvallen; de beoordeling van de actuele vermogenspositie blijkt niet te kloppen en toekomstplannen moeten worden gewijzigd.

Het belang van de debiteur krijgt extra reliëf in het besef dat goed te begrijpen is waarom de debiteur zijn vermogen niet meer op nakoming heeft ingericht. De debiteur koestert weliswaar niet ten aanzien van de litigieuze vordering het vertrouwen dat zij niet meer zou worden ingesteld – hij kende haar immers niet –, maar wel zal de debiteur in algemene zin aannemen dat als er buiten zijn medeweten enige vordering was ontstaan, de crediteur van die vordering werk zou hebben gemaakt. Blijft die actie uit, dan ontstaat bij de debiteur het gerechtvaardigde vertrouwen dat er geen vordering is.

Ten derde verdient overweging de situatie waarin de debiteur de vordering door tijdsverloop vergeten is. Zoals de kwaliteit van bewijs door tijdsverloop afneemt, zo verliezen ook de middelen die het bewustzijn van de vordering in stand houden aan kracht. Bij de inrichting van zijn vermogenspositie zal de debiteur, met name bij het treffen van voorzieningen, rekening houden met uitstaande verplichtingen. Die anticiperende maatregelen treft hij logischerwijze niet ter voldoening van vorderingen waarvan hij niet meer weet dat zij bestaan. Net als voor de debiteur die de vordering nooit heeft gekend, is het dus voor de debiteur die zijn vordering vergeten is, bezwaarlijk alsnog te moeten voldoen.

Ook hier krijgt het belang van de debiteur door het vertrouwensbeginsel extra gewicht, opnieuw niet door verwachtingen omtrent de litigieuze vordering – die was de debiteur immers vergeten – maar weer op een meer abstract niveau: de debiteur gaat op enig moment veronderstellen dat, mocht hij een vordering vergeten zijn, de crediteur hem op enig moment tot nakoming aangemaand zou hebben. Blijft die aanmaning uit, dan zal er wel geen vergeten vordering zijn en hoeft hij met een dergelijke vordering dus ook geen rekening meer te houden.

Men kan hier bij het belang van de debiteur wel een bedenking hebben. Waar de debiteur in de eerste twee situaties geen verwijt trof – het lag praktisch gezien niet in zijn macht aan de onzekerheid een einde te maken (de eerste situatie) of hij kende de vordering nooit (de tweede situatie) – zou men de debiteur van de vergeten vordering kunnen tegenwerpen dat het vergeten, en dus ook het overvallen worden door die vergeten vordering, slechts kon geschieden bij de gratie van zijn eigen nalatigheid; had hij de vordering gewoon op korte termijn voldaan, dan was er niets aan de hand geweest. Zijn belang bij verjaring is met andere woorden door eigen toedoen gecreëerd.

Dat verwijt treft nog sterker de debiteur in de vierde situatie, de debiteur die de vordering van meet af aan gekend heeft en haar ook niet vergeten is. Dat het antwoord op de vraag waarom de verjaring hem dan nog zou moeten beschermen niet geheel vanzelfsprekend is, blijkt uit het feit dat vroeger in verschillende rechtsstelsels voor een beroep op verjaring goeder trouw ten aanzien van de ongegrondheid van de vordering vereist was.¹⁵ Iedere moeilijkheid die door tijdsverloop ontstaat, zoals

15 Zo bijvoorbeeld het *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* van 5 februari 1794 I 9 § 569.

geblokkeerd kapitaal en onzekerheid, kan door de debiteur zelf teniet worden gedaan door te voldoen aan zijn verplichting.

Nu doet zich wel het feit voor dat wanneer de debiteur in zijn niet-voldoening volhardt, toch op enig moment bij hem het op zichzelf gerechtvaardigde vertrouwen ontstaat dat de crediteur zijn vordering verder laat rusten. De crediteur kan dat welbewust doen uit persoonlijk of zakelijk gemotiveerde coulance of omdat hij opziet tegen mogelijke rompslomp en kosten van het geldend maken; mogelijk is natuurlijk ook dat hij haar eenvoudig vergeten is. Als de debiteur zijn vermogen in lijn met die verwachting heeft ingericht, treft het verlate geldend maken hem evenzeer als de debiteuren in de drie hiervoor beschreven situaties. Dat echter dit belang is geboren uit de welbewuste niet-voldoening door de debiteur doet echter toch wel wat af aan zijn beschermwaardigheid.

De conclusie luidt dat in alle vier hiervoor besproken gevallen de verjaring voor de debiteur van wezenlijke betekenis is, waarbij wel met name ten aanzien van de bewust onvoldaan gelaten vordering en in wat mindere mate ten aanzien van de vergeten vordering de kanttekening past dat het belang bij verjaring door de debiteur zelf in het leven is geroepen.

De vraag is evenwel welk praktisch gevolg men eigenlijk aan die laatste nuancering zou kunnen verbinden. Strikt materieel beschouwd is wellicht verdedigbaar, om een denkbare regel te noemen, dat de verjaring niet ten dienste staat aan de debiteur te kwader trouw. Maar hoe zou men die regel moeten operationaliseren naast, bijvoorbeeld, de regel dat de verjaring wel ten dienste staat aan de debiteur die een vordering vreest (de eerste situatie)? Men zou rechtsgevolg moeten toekennen aan de persoonlijke perceptie van de debiteur op die vordering. Bewijslevering daaromtrent is in veel gevallen moeilijk voorstelbaar; hoe laat zich aantonen dat de debiteur geen twijfel koesterde maar geheel zeker was over de verschuldigdheid van de vordering? Een gelegenheidsaarzeling is snel verzonnen en nauwelijks te ontmaskeren. Enige differentiatie naar gelang de kennis en verwachting van de debiteur is met andere woorden veelal lastig te vertalen naar positief recht.

In deze paragraaf werd het rechtszekerheidsbelang van de debiteur besproken en in de voorgaande paragraaf het bewijsbelang van de debiteur. Dat zijn beide belangen van de individuele debiteur. Thans komt de vraag aan de orde of naast deze belangen, met de verjaring ook nog een bovenindividueel belang wordt gediend.

8.3 Het algemeen rechtszekerheidsbelang

8.3.1 Inleiding

Traditioneel wordt in Nederland het doel van de verjaring gezocht, niet in het hiervoor uiteengezette individuele, maar in het *algemene* rechtszekerheidsbelang. Dat geldt zowel voor de rechtspraak als de doctrine. Ook in Duitsland en Engeland wordt zo wel gedacht. Het volgende is hierover nader op te merken.

8.3.2 Nederland

Dat de Hoge Raad belang hecht aan het *algemene* rechtszekerheidsbelang komt onder andere tot uitdrukking in zijn bekende asbest-arrest Van Hese/De Schelde van april 2000:

“Laatstbedoelde termijn heeft een objectief en in beginsel absoluut karakter, dat wil zeggen dat, hoezeer dit ook moeilijk is te aanvaarden uit een oogpunt van individuele gerechtigheid ten opzichte van degene die schade heeft geleden, het beginsel van rechtszekerheid dat deze absolute termijn beoogt te dienen en de billijkheid jegens de wederpartij – waarbij in het bijzonder valt te denken aan de moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten – meebrengen dat hieraan strikt de hand moet worden gehouden (...).”

De Hoge Raad noemt hier de billijkheid jegens de wederpartij als grond voor verjaring onder verwijzing naar diens dreigende bewijsnood; dat motief werd in de vorige paragraaf uitgewerkt. Maar ook kent de Hoge Raad een centrale positie toe aan het *algemeen belang* van de rechtszekerheid. Dat hij niet het individueel rechtszekerheidsbelang als besproken in de voorgaande paragraaf voor ogen heeft, blijkt onder andere uit de spanning die hij signaleert tussen enerzijds de rechtszekerheid en anderzijds de *individuele* gerechtigheid. Hetzelfde geldt voor zijn overweging ten aanzien van de relatieve termijn uit het seksueel-misbruikarrest van oktober 1998; daar diende de rechtszekerheid als algemeen belang heel expliciet als motief voor een strikt op de bewoordingen van de wet gebaseerde interpretatie van de relatieve termijn.¹⁶

Ook in de literatuur is breed de opvatting gedragen dat met de verjaring het algemeen belang van de rechtszekerheid wordt gediend. Zo werd die positie onder andere verdedigd in de twee Nederlandse dissertaties over verjaring. Lichtenauer schreef:

“De staat als zodanig heeft niet belang bij den uitslag van elk geding op zichzelf, bij toewijzing van of ontzegging van den eisch, maar bij zekerheid van rechtstoestanden in het algemeen. Het nastreven van de verwezenlijking daarvan is het motief, dat naar ons oordeel in het kader van ons recht een plaats verschaft aan de verjaring, die in ieder bijzonder geval een rol spelend in particuliere belangen, als geheel dient het algemeene belang, waarop zij in beginsel is gericht.”¹⁷

Koopmann merkt in haar proefschrift op, waar zij beziet hoe verjaring zich verhoudt tot rechtsverwerking:

¹⁶ De bedoelde motivering wordt hierna in § 22.2.2.2 geciteerd.

¹⁷ Lichtenauer, diss. p. 18.

“Toch gaat het om geheel verschillende begrippen. Het instituut verjaring is gecreëerd ter bevordering van de rechtszekerheid; rechtsverwerking vindt haar wortels echter in de goeder trouw.”¹⁸

En ook andere schrijvers toonden zich aanhanger van de opvatting dat de verjaring haar doel vindt in het algemeen belang van de rechtszekerheid. Verheul:

“De klemtoon is verlegd [ten opzichte van de rechtsverwerking – JLS] naar de rechtszekerheid, de bescherming van de belangen van de rechtsgemeenschap als geheel, niet van die van de verplichte partij alleen, vandaar dat enkel tijdsverloop hier volstaat, ongeacht de oorzaken daarvan en het effect dat het op de toestand van de wederpartij heeft.”¹⁹

Voorts brak recent Van Schaick nog een lans voor het algemeen belang als primair verjaringsdoel:

“Elk burgerlijk wetboek regelt de verjaring. Een ontwikkelde maatschappij kan kennelijk niet zonder het instituut. In elk land is gediscussieerd over de ratio van de verjaring. Heersende leer is inmiddels wel dat verjaring uiteindelijk wordt gerechtvaardigd door maatschappelijke belangen die boven de concrete relatie tussen de vorderingsgerechtigde en zijn wederpartij uitstijgen. Het is zaak dat het recht zich na verloop van tijd aansluit bij de feiten en daarmee een situatie die wellicht niet is zoals zij rechtens zou moeten zijn, alsnog legaliseert.”²⁰

Deze stemmen in de literatuur zijn eigenlijk nog uitgesprokener dan de koers van de Hoge Raad, in die zin dat de Hoge Raad weliswaar belangrijk gewicht toekende aan het algemeen rechtszekerheidsbelang, maar hij zowel in het kader van de relatieve als de absolute termijn ook ruimte liet voor andere verjaringsmotieven (“en de billijkheid jegens de wederpartij” in de asbestarresten en “welke het instituut der verjaring *mede* beoogt te dienen” in het seksueel-misbruikarrest). Bij de hiervoor geciteerde schrijvers is die nuance niet of nauwelijks te lezen.

Inmiddels lijkt zich een kentering af te tekenen, zowel in de rechtspraak van de Hoge Raad als in de doctrine. De koerswijziging van de Hoge Raad kan men lezen in het belangrijke Saelman-arrest van oktober 2003, waarin wordt overwogen:

18 Koopmann, diss. p. 104. Koopmann verwoordt het (p. 4) ook nog als volgt: “Het particuliere belang van de debiteur vergt dat deze niet meer in rechte door zijn wederpartij kan worden aangevallen wanneer de laatste te lang stilzit; door stilzitten heeft de wederpartij bij de debiteur de verwachting gewekt dat de laatste niet meer zal worden aangesproken. De verjaring dient zo tevens ter bescherming van het algemene belang van de rechtszekerheid.”

19 Verheul (1971) p. 82.

20 Van Schaick, *WPNR* 2000 p. 592. Dat overigens in “elk land” is gediscussieerd over verjaring is moeilijk te verifiëren. Dat in al die landen inmiddels wel heersende leer is dat verjaring uiteindelijk wordt gerechtvaardigd door “maatschappelijke belangen die boven de concrete relatie tussen de vorderingsgerechtigde en zijn wederpartij uitstijgen” is in ieder geval niet juist wat betreft de landen die ik nauwkeurig genoeg heb bekeken om iets over de heersende leer te kunnen zeggen (Engeland en Duitsland).

“Aan deze lange termijn ligt blijkens de wetsgeschiedenis en de daarmee strokende, vaste rechtspraak van de Hoge Raad (...) de rechtszekerheid ten grondslag. (...) De korte verjaringstermijn daarentegen, waarom het in dit geding gaat, staat niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid.”

Waar de Hoge Raad vroeger sprak over gronden die in algemene zin aan “het instituut der verjaring” ten grondslag liggen, differentieert hij nu tussen de absolute en de relatieve termijn. In het kader van de absolute termijn houdt de rechtszekerheid onverkort stand, maar in het kader van de relatieve termijn voegt hij heel nadrukkelijk een grond toe, te weten “de billijkheid”. Die toevoeging is opmerkelijk, omdat de rechtszekerheid en de billijkheid twee concepten zijn die in zekere zin elkaars tegenpolen vormen.²¹ Dat de billijkheid in de ogen van de Hoge Raad bepaald niet de mindere is, blijkt uit het feit dat de regel die hij uiteindelijk in het Saelman-arrest²² formuleert, veeleer op de billijkheid dan op de rechtszekerheid als algemeen belang is geënt.²³

Ook in de doctrine zijn barsten ontstaan in het bastion van het algemeen rechtszekerheidsbelang. Valk schreef in 1993 in zijn dissertatie:

“Het is maar wat men onder de belangen van de gemeenschap verstaat. Men kan er onder verstaan dat de belangen van ieder onzer in het geding zijn. In die zin dient de verjaringsregeling ongetwijfeld de belangen van de gemeenschap. Ieder onzer heeft belang bij de rechtszekerheid die de verjaringsregeling brengt, omdat... ons zo bewijsnood en verrassingen bespaard blijven. Op die manier opgevat, is het beroep op maatschappelijke belangen vooral weinigzeggend: in de een of andere zin dient elke rechtsregel de belangen van ieder onzer (als het goed is).”²⁴

Ook Brunner keerde zich in 2001 tegen de rechtszekerheid als algemeen belang:

“Verjaring in het verbintenissenrecht betreft uitsluitend de bescherming van de schuldenaar, indien de schuldeiser zijn recht zonder goede reden niet binnen redelijke termijn heeft geldend gemaakt. Daarbij speelt alleen de rechtsverhouding tussen de partijen bij de verbintenis een rol, niet mede de rechtszekerheid van het rechtsverkeer.”²⁵

Zelf betrok ik in 2003 in een publicatie over de vijfjaarstermijn van art. 3:310 lid 1 BW de volgende stelling:

“Hoewel men in de literatuur met grote frequentie de opvatting treft dat dit belang [het rechtszekerheidsbelang – JLS] wél van doorslaggevend gewicht is, vindt men nergens uitgewerkt waarom en in welk opzicht de rechtszekerheid als algemeen belang gediend

21 Die opmerking laat zich overigens ook wel weer relativeren; de verhouding tussen deze twee is onderwerp van klassiek debat.

22 HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112.

23 Zie voor een nadere analyse van het Saelman-arrest § 22.2.2.1.

24 Valk diss., p. 74.

25 Brunner, *Themis* 2001, p. 244, r.k.

is. Die leemte bevreedt mij niet, omdat het bij bevrijdende verjaring gaat om een regeling die primair ingrijpt in de individuele rechtsverhouding en daarin de door tijdsverloop ontstane onduidelijkheid wegneemt. De baat van de rechtsgemeenschap als geheel is niet meer dan de optelsom van de daardoor bevredigend geregelde individuele rechtsverhoudingen, maar die constatering geldt voor iedere rechtvaardige regel en biedt daarom geen nuttig perspectief.”²⁶

Zo lijkt inmiddels in Nederland de rol van het ooit onbetwiste algemene rechtszekerheidsbelang²⁷ op wankel grond te staan. Ten eerste was het bij gebreke van nadere concretisering al nooit een erg helder argument. Vranken schreef in algemene zin over het begrip ‘rechtszekerheid’: “Zonder nadere invulling is het niet meer dan een gratuit eresaluut aan een beginsel dat het soms meer van zijn retorische kracht lijkt te moeten hebben dan van zijn intrinsieke waarde.”²⁸ Die scepsis treft bij uitstek de rechtszekerheid zoals zij traditioneel in het verjaringsdebat is gepresenteerd. Ten tweede is er geen weerwoord gekomen op de bedenking die de kern vormt van alle hiervoor gegeven citaten, namelijk de bedenking dat het bij de bevrijdende verjaring gaat om een figuur die ingrijpt in de individuele rechtsverhouding, zodat men in de eerste plaats daar, en niet in het daarbuiten gelegen algemene belang zijn doel moet zoeken.

8.3.3 Duitsland

Ook in Duitsland is het algemeen rechtszekerheidsbelang wel als (mede) dragende grond voor de verjaring gezien. De wetgever schrijft in zijn toelichting op het nieuwe verjaringsrecht onder het kopje *Zweck der Verjährung*:

“Die Verjährung dient insbesondere bei vertraglichen Ansprüchen der Sicherheit des Rechtsverkehrs und dem Rechtsfrieden (BGHZ 59 72 74). Nach einer bestimmten Zeit soll die Ungewissheit über das bestehen und die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs beendet sein.”²⁹

Der Sicherheit des Rechtsverkehrs und dem Rechtsfrieden zijn woorden die traditioneel sterk de connotatie van algemeen belang hebben. Het lijkt er daarom op dat de Duitse wetgever inderdaad het algemene rechtszekerheidsbelang op het oog heeft. Maar in de uitspraak waarnaar hij verwijst staat:

26 Smeehuijzen, *WPNR* 2003, 1, met in een voetnoot de volgende nuancering: “Dat overigens het algemeen rechtszekerheidsbelang in het geheel niet bij verjaring is gebaat, is te sterk gezegd. Wel degelijk kan de door tijdsverloop ontstane onbestemdheid van een bepaalde rechtsverhouding het rechtsverkeer negatief treffen, doordat ook derden bij die rechtsverhouding betrokken kunnen raken of er hun gedrag op afstemmen. Denk aan verzekeraars en kredietverschaffers.” Zie nader over die nuancering hierna, § 8.5.

27 Die veranderende opvatting lijkt men ook terug te zien in Asser/Hartkamp: in de elfde druk (2000) is “het algemeen welzijn” nog onbetwist, terwijl in de twaalfde druk (2004) staat dat dat belang in het kader van de relatieve termijn “m.i. op goede grond” wordt gerelativeerd.

28 Vranken (1997), p. 33.

29 Begr. RegE, p. 100, l.k.

“Die Verjährung dient der Sicherheit des Verkehrs und dem Rechtsfrieden. Ansprüche, die jahrenlang nicht geltend gemacht werden, sind vermutlich nicht oder nicht mehr gerechtfertigt; deshalb ist der Schuldner zu schützen.”³⁰

Dat is toch wat anders; het *Bundesgerichtshof* heeft kennelijk onder de noemer *der Sicherheit des Verkehrs und dem Rechtsfrieden* het individuele belang van de schuldenaar op het oog; hij schrijft immers dat de schuldenaar door de verjaring beschermd moet worden. Zo presenteert het *Bundesgerichtshof* de *Sicherheit des Rechtsverkehrs und dem Rechtsfrieden* in feite als een afgeleide van de gerechtvaardigde bescherming van de schuldenaar.

De indruk ontstaat dat de Duitse wetgever niet al te ambitieus is geweest in het nauwkeurig formuleren van het doel van verjaring. Het volgende doet dat denken. (i) Hij formuleert apodictisch – zijn motivering bestaat uit de enkele verwijzing naar een niet al te recente uitspraak – en (ii) hij geeft de uitspraak waarop hij zich baseert onzuiver, of in ieder geval hinderlijk onvolledig, weer. Bovendien valt op dat (iii) hij zijn motivering zonder kenbare reden toespitst op verjaring van aanspraken uit overeenkomst – waarom direct onder het algemene kopje *Zweck der Verjährung* het sterk beperkende *insbesondere bei vertraglichen Ansprüchen?* – en (iv) dat hij eerder in zijn toelichting, in de inleidende opmerkingen,³¹ in het kader van de verjaring bijna uitsluitend spreekt over belangen van schuldenaar en schuldeiser,³² maar hij verderop onder het bijzondere kopje *Zweck der Verjährung* de prominentie van die individuele partijbelangen niet terug laat komen en in plaats daarvan de normaal gesproken voor algemeen belang doorgaande *Sicherheit des Rechtsverkehrs und dem Rechtsfrieden* voorop stelt. Daargelaten dan tot slot nog dat frases als *Sicherheit des Rechtsverkehrs und dem Rechtsfrieden*, zoals in de vorige paragraaf al aan de orde kwam, zonder nader invulling niet zo erg veel zeggen.

Wat de Duitse wetgever precies vindt, is al met al dus niet helemaal duidelijk. Als hij inderdaad de uitspraak waarop hij zich baseert richtinggevend acht, gaat het hem bij de verjaring primair om het belang van de schuldenaar. Dat vermoeden wordt gesterkt door zijn nadruk op de individuele belangen in de inleiding van zijn toelichting. Daar staat tegenover dat *Sicherheit des Rechtsverkehrs und dem Rechtsfrieden* weer de klank van algemeen belang heeft.

Uitgesprokene pleidooien voor het *algemene* rechtszekerheidsbelang zijn in de doctrine wel te vinden. Bührenbender schrijft bijvoorbeeld:

30 BGHZ 59 72 74. Toe te voegen is nog dat het *Bundesgerichtshof* zijn motivering voortzet met het volgende citaat uit Mugdan (1899), p. 512: “Der Schwerpunkt der Verjährung liegt nicht darin, daß dem Berechtigten sein gutes Recht entzogen, sondern darin, daß dem Verpflichteten ein Schutzmittel gegeben wird, gegen voraussichtlich unberechtigte Ansprüche ohne ein Eingehen auf die Sache sich zu verteidigen.” In de *Motive* ligt dus, net als in de uitspraak, de nadruk op de bescherming van de individuele debiteur.

31 Begr. RegE, p. 95 en 96.

32 Pas tot slot schrijft hij: “Schließlich muss die Regelung des Verjährungsrechts auch der Rechtssicherheit dienen.” (Begr. RegE, p. 96, l.k.) Hier heeft, zo blijkt uit de vervolgttekst, de *Rechtssicherheit* betrekking, niet op het gevolg van de verjaring, dus niet op het doel van het instituut van de verjaring als zodanig, maar op de kenbaarheid van het verjaringsrecht.

“Über den Schuldnerschutz hinaus hat das Verjährungsrecht auch eine im öffentlichen Interesse liegende Funktion. Es trägt zu Rechtssicherheit und Rechtsfrieden bei, indem die Rechtsordnung die Durchsetzbarkeit von länger zurückliegenden Ansprüchen einschränkt. Alle am Rechtsverkehr beteiligten können sich darauf einstellen, daß Rechtspositionen in einer vertretbaren Zeit durchgesetzt werden müssen.”^{33,34}

Op deze *im öffentlichen Interesse liegende Funktion* van verjaring is in de Duitstalige doctrine kritiek geuit, vergelijkbaar met de Nederlandse bedenkingen. Niemand heeft *gemotiveerd* betwist wat Spiro schreef:

“In den verschiedensten Zusammenhängen und zur Begründung der verschiedensten Thesen findet sich der Gedanke, die Verjährung diene einem öffentliche Interesse (...); der Ausdruck verdeckt aber nicht nur durch seine vieldeutigkeit, was gemeint ist, sondern führt auch irre, weil er an ein besonderes, spezifisch öffentliches Interesse denken lässt. In allen (...) bedeutungen geht aber das öffentliche lediglich auf einen wirksamen schutz der Einzelinteressen, ist also einerseits kein anderes als jenes, das der Privatrechtsordnung überhaupt und in grösserer oder geringerer Intensität allen Privatrechtsinstituten zugrunde liegt, anderseits mit jenen Einzelinteressen in Inhalt und Wert identisch. Ein besonderes öffentliches Interesse, das von dem der Einzelnen verschieden wäre, ein unmittelbares eigenes Interesse der Allgemeinheit als solcher ist dagegen bei der Verjährung nicht massgebend.”³⁵

Ik weet niet of men kan zeggen dat in navolging van dit citaat het meerderheidsstandpunt in de literatuur inmiddels is dat het algemeen belang als verjaringsdoel geen zelfstandige betekenis toekomt. Een opvatting als de volgende lijkt in de hedendaagse literatuur breed te zijn vertegenwoordigd:

“Indessen besteht ein eigenständiges öffentliches Interesse an der Verjährung nicht oder jedenfalls keines, das über die Summe der geschützten Einzelinteressen hinausginge und von diesen unterscheiden wäre.”³⁶

33 Budenbender, *JS* 1997, p. 482. In vergelijkbare zin: Palandt-Heinrichs (2002), Überbl vor § 194, Rnr 9; Birr (2006), p. 30, Finkenauer (2002), p. 291.

34 Meer specifiek over dit citaat is het volgende te zeggen. De eerste zin bevat geen argument maar poneert de stelling dat de verjaring buiten het beschermen van de schuldenaar een in het algemeen belang gelegen functie heeft. De tweede zin is een verbijzondering van die stelling – verjaring draagt bij aan rechtszekerheid en rechtsvrede – maar bevat ook nog geen argument. Dat volgt in de derde zin: alle deelnemers aan het rechtsverkeer kunnen erop rekenen dat vorderingen tijdig doorgezet worden. Maar dat is, opnieuw, geen werkelijk algemeen belang: het is de cumulatie van de individuele rechtszekerheid van alle *am Rechtsverkehr beteiligten*.

35 Spiro (1975), p. 23.

36 Staudinger-Peters (2004), Vorbem zu §§ 194 ff, Rnr 7. In dezelfde zin bijvoorbeeld Larentz-Wolf (2004) § 17 Rnr 5; Wolf 2001, p. 581; Piekenbrock (2006), p. 326; McGuire (2004), p. 3. Uitgebreid over de tekortkomingen van de *öffentliches Interesse* Unterrieder, diss., p. 21 – 23 en Kornilakis, diss., p. 41 – 44; wat neutraler is MüKo-Grothe (2003) Vor § 194 Rnr 6 waar staat dat de verjaring *in erster Linie* de belangen van de schuldenaar dient, maar *darüber hinaus* het algemeen belang in termen van *Rechtsfrieden und Rechtssicherheit*.

8.3.4 Engeland

Het Engelse debat verschilt van het Nederlandse en Duitse, in die zin dat het algemeen rechtszekerheidsbelang net als in Nederland en Duitsland wel als verjaringsdoel wordt genoemd, maar de Engelsen zich nooit al te zeer hebben bekreund om de vraag hoe het zich in hiërarchische zin verhoudt tot andere verjaringsdoelen. Of het algemeen rechtszekerheidsbelang van hogere betekenis is, of slechts een afgeleide van de individuele rechtszekerheidsbelangen, is nauwelijks punt van discussie. Exemplarisch is misschien dat de Law Commission schrijft: “In General terms, limitation of actions is necessary in the interests of defendants and of the state”.³⁷ Over the *Interests of the State* staat vervolgens:

“It has been recognised that the state has an interest in a term set on possible litigation:³⁸ Interest reipublicae ut sit finis litium, is a favorite and universal maxim. The public have a great interest, in having a known limit fixed by law to litigation, for the quiet of the community (...).³⁹”

Ook elders zijn vergelijkbare opmerkingen gemaakt,⁴⁰ maar zelden vergezeld van de in Nederland en Duitsland gehoorde toevoeging dat het algemeen belang het *primaire* belang zou zijn. Overigens zijn er ook publicaties en uitspraken, de meerderheid is mijn inschatting, waarin het algemene belang helemaal niet wordt genoemd en het doel van de verjaring uitsluitend in de individuele rechtsverhouding wordt gezocht.⁴¹ Wellicht heeft de egalitaire benadering van de Engelsen te maken met hun rechtscultuur, waarin het niet gebruikelijk is in abstracto argumenten naar hun gewicht te ordenen.

8.3.5 Conclusie

Noch in Nederland, noch in het Verenigd Koninkrijk, noch in Duitstalige bronnen wordt een algemeen rechtszekerheidsbelang geïdentificeerd dat niet is afgeleid van het individuele rechtszekerheidsbelang en dat bovendien in betekenisvoller woorden is geformuleerd dan “De staat als zodanig heeft (...) belang bij zekerheid van rechtstoestanden in het algemeen”, “de belangen van de rechtsgemeenschap als geheel”, “maatschappelijke belangen die boven de concrete relatie tussen de vorderingsgerech-

37 Law Commission (1998), p. 11.

38 Recognised in the preamble to the Limitation Act 1623: “an act for the limitation of actions and for avoiding suits in law”.

39 De Law Commission ontleent deze zin aan *Cholmonderley v Clinton* (1820) 2 Jac & W 139, 37 ER 527, 577.

40 Andrews CLJ 1998, p. 594; Jones, *CJQ* 1995, p. 258.

41 McGee (2006), nr. 1.030; Todd (1982), p. 6; Merkin (1987), p. 4. Ook recent nog The House of Lords in de belangrijke verjaringsuitspraak *Haward v Fawcetts* van 1 maart 2006: “Statutes of limitation seek to hold a balance between two competing interests: the interests of claimants in having maximum opportunity to pursue their legal claims, and the interests of defendants in not having to defend stale proceedings.”

tigde en zijn wederpartij uitstijgen”, “Rechtsfrieden” of “for the quiet of the community”. Het kan daardoor naar mijn mening bezwaarlijk richtinggevend zijn bij het denken over inhoud en interpretatie van het verjaringsrecht.

8.4 Niet de verjaring op zichzelf, maar haar wettelijke regeling dient een “algemeen” rechtszekerheidsbelang

Hiervoor werd opgemerkt dat de rechtszekerheid als zelfstandig verjaringsrechtelijk doel eigenlijk nooit goed gemotiveerd is. Dat gebrek aan redengeving doet er niet aan af dat de Hoge Raad en een groot aantal schrijvers in binnen- en buitenland dit motief gedurende lange periode wel degelijk van doorslaggevende betekenis hebben geacht. Ik heb mij afgevraagd hoe dat komt; het is toch niet aannemelijk dat een opvatting die nog kort geleden over brede linies werd gedragen, iedere grond ontbeert. Waarschijnlijk heeft zich het volgende misverstand voorgedaan.

Met het *gevolg* van verjaring, wordt, als gezegd, de individuele en niet de algemene rechtszekerheid gediend, in die zin dat door het verjaren van een vordering de debiteur niet langer in onzekerheid verkeert. Maar de verjaringsregeling bevordert tevens een heel ander soort rechtszekerheid. Dat type rechtszekerheid vloeit niet voort uit *het gevolg* van verjaring, maar is het resultaat van *het bestaan* en *de vormgeving* van de verjaringsregeling. En die soort rechtszekerheid zou men wél een algemeen rechtszekerheidsbelang kunnen noemen. Ik bedoel het volgende.

Wij zullen in de loop van dit boek zien dat aan elk van de twee pijlers van ons positieve verjaringsrecht, de relatieve en de absolute termijn, een eigen, specifieke rechtvaardiging ten grondslag ligt. Om al een beetje op de zaken vooruit te lopen: verjaring krachtens de relatieve termijn wordt gerechtvaardigd doordat men het de crediteur tegenwerpt dat hij ten nadele van zijn debiteur nodeloos heeft gedraald met het geldend maken van zijn recht, en verjaring krachtens de absolute termijn wordt gerechtvaardigd doordat na werkelijk tientallen jaren tijdsverloop (i) de tijd de wonden heeft geheeld en (ii) iedere discussie over de gegrondheid van de vordering onmogelijk is wegens de teloorgang van bewijsmateriaal.

Nu zou het op zichzelf heel goed mogelijk zijn geen wettelijke verjaringsregels te maken en de rechter op basis van bovengenoemde gronden ten aanzien van iedere afzonderlijke vordering te laten bepalen of verjaring te rechtvaardigen is. Er zijn in het verleden ook wel rechtssystemen geweest waar het zo toe ging.⁴² Maar erg rechtszeker is die situatie niet. Ten eerste is het bij gebreke van een positiefrechtelijk regel voor partijen nog maar afwachten of ook de geadieerde rechter vindt dat de verjaring op de bovengenoemde gronden te rechtvaardigen is. Ten tweede, en dat is nog belangrijker, als hij dat al zou vinden zou iedere individuele rechter moeten bepalen na ommekomst van *welke termijn* de verjaring dan gerechtvaardigd is. Ten aanzien van dat punt zal grote onzekerheid ontstaan, doordat de keuze voor een bepaalde termijn,

42 Te noemen zijn het Engelse Equity-recht (zie Preston, Newsom (1953), p. 3) en het klassieke Romeinse recht (zie Spiro (1975), p. 18).

althans binnen zeker marges, zich eigenlijk niet goed laat motiveren; termijnbepaling is naar zijn aard hogelijk willekeurig. Zo moeilijk als het voor de individuele rechter is een termijn te bepalen, zo voor de hand liggend is het daarom dat de wetgever dat doet.⁴³

Men zou kunnen tegenwerpen dat de verjaringsregeling in dit opzicht helemaal niet bijzonder is, omdat alle wettelijke regels dit type rechtszekerheid dienen. Als wij met Scholten aannemen dat wettelijke regels “gestolde billijkheid” zijn, zou de individuele rechter die regel ook best zelf kunnen bedenken. Maar omdat het nu eenmaal zo is dat men over wat redelijk is vaak anders kan denken, is die billijke regel toch maar in de wet verankerd.

Ik geloof inderdaad dat *op zichzelf* de regel dat een rechtsvordering verjaart na zeker tijdsverloop niet in sterkere mate de rechtszekerheid dient dan, bijvoorbeeld, de regel dat wie jegens een ander onrechtmatig handelt diens schade moet vergoeden. De regel dat wie ten koste van een ander nodeloos draalt bij het geldend maken van zijn vordering die vordering verliest (verjaring krachtens de relatieve termijn), sluit denk ik even nauw aan bij het rechtsgevoel als de regel dat wie schade toebrengt jegens de gelaedeerde schadeplichtig is.

Maar de termijnbepaling die van de verjaringsregeling deel uitmaakt, lijkt mij wel degelijk een meer uitgesproken rechtszekerheid dienend karakter te hebben dan andere regels, juist vanwege de afwezigheid van inhoudelijke argumenten voor de lengte van die termijn. Het is enigszins als met links of rechts rijden: er zijn geen dwingende overwegingen ten gunste van het een of het ander, dus als wij er niets over afspreken kiest iedereen anders. Om dat te voorkomen is het goed een regel af te spreken. De holle normatieve rechtvaardiging voor dit type regels maakt dat zij, *in overwegende mate* de rechtszekerheid dienen: met, zeg opnieuw, art. 6:162 BW wordt een redelijk *en* voorspelbaar resultaat beoogd; met het opnemen van een verjaringstermijn wordt bijna uitsluitend een voorspelbaar resultaat beoogd.

Aldus zou ik zeggen dat de verjaringsregeling de rechtszekerheid dient in de zin van voorspelbaarheid en kenbaarheid van het objectieve recht. Niet alleen omdat iedere wettelijke regel de rechtszekerheid dient, maar in het bijzonder vanwege de termijnstelling die de verjaringsregeling bevat. Het verschil in rechtszekerheidseffect tussen het gevolg van verjaring en de verankering van verjaring in een wettelijke regel, is eenvoudig inzichtelijk te maken aan de hand van de individuele partijverhouding: het resultaat van de verjaring van de vordering dient alleen het rechtszekerheidsbelang van de debiteur en niet dat van de crediteur, maar de kenbaarheid van het antwoord op de vraag of de vordering verjaard is, dient het rechtszekerheidsbelang van beiden.

43 Zie ook § 9.2, waar ik ten aanzien van de situatie waarin van de crediteur redelijkerwijze verwacht kon worden dat hij zijn vordering instelde, zal betogen dat de verjaringsregel een gestandaardiseerde vorm van rechtsverwerking is. Die standaardisering is wenselijk ten behoeve van de kenbaarheid van het recht.

Misschien is het nuttig met het voorgaande in het achterhoofd de overwegingen van de Hoge Raad uit het seksueel-misbruikarrest van 1998⁴⁴ nog eens te bezien. De Hoge Raad overwoog:

“Ook wat het beroep op eerstbedoelde verjaringstermijn [de relatieve termijn – JLS] betreft, eist de rechtszekerheid – welke het instituut der verjaring mede beoogt te dienen (...) – een vaste termijn; daarom kan in het algemeen niet worden afgeweken van het in art. 3:310 lid 1 vermelde aanvangstijdstip van die termijn. Voor zover zulks ertoe leidt dat een vordering verjaart welke de schuldeiser niet geldend heeft kunnen maken – een geval dat art. 3:310 lid 1 blijkens zijn bewoordingen juist beoogt te voorkomen – is dat uit een oogpunt van individuele gerechtigheid moeilijk te accepteren.”⁴⁵

In deze overweging lijkt een contaminatie van de twee rechtszekerheidsperspectieven die ik hiervoor schetste – het resultaat van verjaring en de wettelijke regeling van verjaring – schuil te gaan. Enerzijds doet de frase “de rechtszekerheid – welke het instituut der verjaring mede beoogt te dienen –” denken dat het de Hoge Raad erom gaat dat het *resultaat* van de verjaring de rechtszekerheid als algemeen belang dient.⁴⁶ Het staat er niet expliciet, maar de woorden “het instituut der verjaring” wekken die indruk. Anderzijds ziet de consequentie die de Hoge Raad aan die constatering verbindt niet op het resultaat dat de verjaring teweeg brengt, maar op bewaking van de vormgeving van de verjaringsregeling. De Hoge Raad wil immers de vaste termijn van de verjaringsregeling handhaven.

Misschien is de Hoge Raad zich bij zijn denken over verjaring en rechtszekerheid van het onderscheid tussen wat de verjaring teweegbrengt en de kenbaarheid van verjaringsregels niet ten volle bewust geweest. Waar hij schrijft dat het “instituut der verjaring” de rechtszekerheid dient, daarmee kennelijk doelend op de gevolgen van de verjaring, had hij beter kunnen overwegen dat de verjaringsregeling, en dan met name de termijn die in die regeling is opgenomen, de rechtszekerheid dient in de zin van kenbaarheid van het recht, en dat daarom aan die termijn moet worden vastgehouden – behoudens zeer uitzonderlijke gevallen. Als wij die termijn zouden loslaten, en bijvoorbeeld de vordering dan weer eens na 4,5 jaar, en dan weer eens na 5,8 jaar verjaard zouden achten, zou de rechtszekerheid die de vaste termijn beoogt te bieden geheel teniet worden gedaan.^{47 48}

44 HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000, 15.

45 R.o. 3.3.1.

46 Herhaald zij dat de Hoge Raad bij zijn denken over de verjaring niet het rechtszekerheidsbelang van de individuele debiteur voor ogen lijkt te hebben gehad. Hij acht immers blijkens zijn laatste woorden de individuele gerechtigheid met die rechtszekerheid onverenigbaar, terwijl de rechtszekerheid begrepen als belang van de individuele debiteur, als gewicht in de weegschaal belangen crediteur/belangen debiteur nu juist onderdeel vormt van de individuele gerechtigheid.

47 Overigens is de redenering van de Hoge Raad ook op een ander punt moeizaam. Hij schrijft: “de rechtszekerheid [eist] (...) een vaste termijn” en “*daarom* [mijn cursivering – JLS] kan in het algemeen niet worden afgeweken van het in art. 3:310 lid 1 vermelde aanvangstijdstip van die termijn”. Dat de rechtszekerheid een vaste termijn eist, daar ben ik het helemaal mee eens. Maar dat *daarom* niet kan worden afgeweken van het wettelijk vermelde aanvangstijdstip van die termijn, is geen zuivere

Hiervoor zijn drie rechtszekerheidsperspectieven aan de orde geweest: (i) de rechtszekerheid van de individuele debiteur door de werking van de verjaring (aanvaard), (ii) de rechtszekerheid van de gemeenschap als geheel door de werking van de verjaring (verworpen) en (iii) de rechtszekerheid van de gemeenschap als geheel in de zin van kenbaarheid van het positieve recht (aanvaard, maar ziend op wettelijke regeling van verjaring, niet op haar resultaat). Ik verlaat het in deze paragraaf centraal staande rechtszekerheidsperspectief van de kenbaarheid van het recht en keer weer terug naar de rechtszekerheidsbaten van het gevolg van verjaring. De aandacht gaat uit naar een groep die ligt tussen het individu en het collectief, te weten de betrokken derde.

8.5 Het derden-rechtszekerheidsbelang

Hiervoor is een aantal schrijvers geciteerd dat meent dat met de verjaring een boven-individueel belang wordt gediend. Zij motiveren die stelling echter niet. Misschien moet dan als vertrekpunt van de zoektocht naar een dergelijk belang maar de wel gemotiveerde stellingname van een uitgesproken tegenstander dienen. Brunner schrijft dat bij bevrijdende verjaring “alleen de rechtsverhouding tussen de partijen bij de verbintenis een rol [speelt], niet mede de rechtszekerheid van het rechtsverkeer.” Dat categorische “alleen (...) tussen partijen” en “niet mede” is misschien toch te betwisten.

Want weliswaar gaat juridisch beschouwd een verbintenis in beginsel slechts partijen aan, die verbintenis zal veelal ook maatschappelijke implicaties hebben, in de zin dat derden hun gedrag erop afstemmen, of doordat hun positie er anderszins door wordt beïnvloed. De British Law Commission schrijft:

“Not only potential defendants, but third parties need to have confidence that rights are not going to be disturbed by a long forgotten claim. Financial institutions giving credit to businesses, for example, have an interest in knowing that a borrower’s affairs will not be damaged by the revival of years old litigation.”⁴⁹

Sprekender misschien nog is het voorbeeld van verzekeraars, wier betalingsverplichtingen afhankelijk zijn van de positie van de verzekerden. Te denken valt voorts aan de fusie- en overnamepraktijk, waar het van groot belang is een betrouwbaar beeld

gevolgtrekking. De bepaling van het aanvangsmoment is namelijk geen normatief neutrale exercitie, zoals het bepalen van de lengte van de termijn dat tot op grote hoogte wel is, maar vergt een redelijkheidsoordeel omdat in de bepaling van het aanvangsmoment tot uitdrukking moet komen dat een vordering niet krachtens de relatieve termijn verjaart alvorens de crediteur haar heeft kunnen instellen.

48 Het doel van het gevolg van verjaring enerzijds en het positiveren van de verjaring anderzijds wordt ook elders regelmatig verward. Zo schrijft bijvoorbeeld Zimmerman 1984, p. 410 l.k.: “Ein weiterer, wichtiger effect der Verjährung liegt in der Entlastung der Gerichte. Sollen Prozesse vermieden oder jedenfalls auf einfachem Wege abgekürzt werden können, muß eine Verjährungsregel möglichst klar und einfach sein.”

49 Law Commission (1998), p. 13.

te hebben van de vermogenspositie van de beoogde kandidaat. Ook door erfopvolging raken derden betrokken.

Men kan dus zeggen dat de verbintenis door tijdsverloop “uitwaaiert”: waar zij als geïsoleerde entiteit begon, verbreedt zich de kring van berokkenen naarmate de tijd voortschrijdt. Daardoor zal, als over de status van de verbintenis onzekerheid bestaat, die onzekerheid zich niet blijven beperken tot de individuele debiteur, maar zich eveneens uitstrekken tot de “toetredende” derden. Hierdoor ontstaat wat men een “derden-rechtszekerheidsbelang” zou kunnen noemen.

Over het algemeen zal het zo zijn dat het gewicht van dit belang toeneemt naarmate de tijd voortschrijdt: hoe langer het ontstaan van de verbintenis geleden is, des te groter de kring van berokken derden zal zijn. Maar de snelheid waarmee die ontwikkeling zich voordoet kan variëren. Als binnen de kring van een der partijen bij de verbintenis evenementen als overnames, toe- en uittredende vennoten, overlijden van vennoten, kredietverleningen enzovoorts, elkaar in hoog tempo opvolgen, doet de bedoelde verbreding zich snel voor. Ook heel goed denkbaar is echter, bijvoorbeeld, dat enige betrokkenheid van derden zich pas voordoet door overlijden van de debiteur, veertig jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis. Vóór dat moment bestaat er geen derden-rechtszekerheidsbelang.

Aldus is dit belang aanzienlijk minder eenduidig dan het individuele rechtszekerheidsbelang. Ten aanzien van het individuele kan men zeggen dat het *steeds* nadelig voor de individuele debiteur is om niet te weten waar hij aan toe is – het is voor iedereen vervelend overvallen te worden door een *long forgotten claim*, al is het maar uit louter psychologisch oogpunt – en dat dus steeds de individuele rechtszekerheid in het geding is. Het gewicht van het derden-rechtszekerheidsbelang daarentegen, zal uiteenlopen. Niettegenstaande die variabele importantie is, meen ik, de bescherming van het derden-rechtszekerheidsbelang een serieus te nemen verjaringsdoel.

Gelet op het voorgaande heb ik dus bedenkingen bij Brunners’ ongeclausuleerde afwijzing van ieder bovenindividueel verjaringsdoel. Brunner baseert zijn afwijzing in belangrijke mate op de karaktertegenstelling tussen zaken- en verbintenissenrecht. Hij schrijft:

“De verjaring treft zowel zakelijke als persoonlijke vorderingen. Bij zakelijke rechtsovereenkomsten, zoals de revindicatie van roerende of onroerende zaken, ingesteld tegen een bezitter die het bezit niet te goeder trouw heeft verkregen, ligt de nadruk op de rechtszekerheid. Die verlangt dat onduidelijke eigendomsverhoudingen niet ten eeuwigden dage ter discussie kunnen worden gesteld. Omdat zaken door overgang of overdracht van eigenaar kunnen wisselen en eigendom en zakelijke rechten tegen iedereen kunnen worden ingeroepen, moet degen die zich reeds lange tijd als eigenaar of zakelijk gerechtigde manifesteert worden beschermd tegen zakelijke rechtsovereenkomsten van derden die kunnen aantonen dat zij enige tijd in het verleden eigenaar van de zaak waren. (...) Bij persoonlijke vorderingen ligt de nadruk op de eisen van redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar bepalen. [nu volgt voor de volledigheid wat ik hierboven al citeerde – JLS] Verjaring in het verbintenissenrecht betreft uitsluitend de bescherming van de schuldenaar, indien de schuldeiser zijn recht zonder goede reden niet binnen redelijke termijn heeft

geldend gemaakt. Daarbij speelt alleen de rechtsverhouding tussen de partijen bij de verbintenis een rol, niet mede de rechtszekerheid van het rechtsverkeer.”⁵⁰

Deze dichotomische voorstelling van zaken lijkt mij in ieder geval in de absolute bewoordingen van Brunner niet goed houdbaar. Vanuit het perspectief van het verbintenissenrecht valt er tegenin te brengen dat wel degelijk onduidelijke verbintenissenrechtelijke verhoudingen het rechtsverkeer negatief kunnen treffen; zie het hiervoor uiteengezette derden-rechtszekerheidsbelang. Vanuit het perspectief van het zakenrecht valt er tegenin te brengen dat weliswaar zakelijke rechten tegenover iedereen werken en dus in zekere zin iedereen baat heeft bij duidelijkheid, maar dat te ver gaat de conclusie dat *dus* de individuele rechthebbende bij de verjaring *geen* baat heeft. Integendeel, zoals de bevrijdende verjaring van het verbintenissenrecht de individuele debiteur wil beschermen tegen bewijsnood en verstoorde verwachtingen ten aanzien van vorderingen, zo wil toch evenzeer de verkrijgende verjaring van het zakenrecht de individuele rechthebbende beschermen tegen bewijsnood en verstoorde verwachtingen ten aanzien van de gerechtigheid tot de betreffende zaak. Brunner schrijft dat in feite ook zelf: “degeen die zich reeds lange tijd als eigenaar of zakelijk gerechtigde manifesteert [moet] worden beschermd”.

Er lijkt dus wel degelijk zoiets als een rechtszekerheidsbelang te bestaan dat de individuele partijverhouding ontstijgt: het derden-rechtszekerheidsbelang.⁵¹ Van dat belang kan men zeggen dat het het midden houdt tussen het individuele en het algemene rechtszekerheidsbelang. Het is bovenindividueel in die zin dat de kring van betrokken breder is dan debiteur en crediteur, maar het is niet werkelijk algemeen omdat die kring nog altijd beperkt is, namelijk tot hen die ook feitelijk bij de verbintenis betrokken raken.

8.6 Andere aan de verjaring toegeschreven doelen

Aan de verjaring worden ook nog wel andere doelen dan de hiervoor besprokene toegeschreven. Een daarvan is het “vlot lopend rechtsverkeer”. Zo schrijft de wetgever dat de verjaring in het teken staat van: “een vlot lopend rechtsverkeer, waarin schuldeisers hun vorderingen binnen redelijke tijd moeten instellen, zulks mede met het oog op de belangen van de schuldenaar en de rechtszekerheid”.⁵²

De frase “een vlot lopend rechtsverkeer, waarin schuldeisers hun vorderingen binnen redelijke tijd moeten instellen” is eigenlijk niet zo duidelijk. Wat is de functie van het woord “waarin”? Is het zo dat in vlot lopend rechtsverkeer schuldeisers hun vorderingen binnen redelijke tijd moeten instellen? Nee, het is veeleer andersom zo

⁵⁰ Brunner, *Themis* 2001, p. 244, r.k.

⁵¹ In vergelijkbare zin de Law Reform Commission of British Columbia (1990), p. 18: “This [de verjaring – JLS] benefits not only the individual, but all who may be at risk should he become insolvent as the result of a judgment. Thus a statute of limitations indirectly benefits a much wider circle.”

⁵² Parl. Gesch. Inv., p. 1408.

dat de regel dat schuldeisers hun vorderingen binnen redelijke termijn moeten instellen, de regel dus, die verjaring heet, *tot gevolg heeft* dat het rechtsverkeer vlot gaat lopen. In feite staat er dus: verjaring heeft vlot lopend rechtsverkeer tot gevolg. En waarom is dat vlot lopende rechtsverkeer dan na te streven? Dat is, aldus de wetgever, “mede met het oog op de belangen van de schuldenaar en de rechtszekerheid”. Zo beschouwd is in de redenering van de wetgever het vlot lopende rechtsverkeer geen zelfstandig verjaringsdoel, maar de feitelijke route waarlangs de verjaring haar doelen realiseert. En die “belangen van de schuldenaar en de rechtszekerheid” hebben wij in het kader van de vraag naar verjaringsdoelen in het algemeen ook al de revue zien passeren; de conclusie was dat de belangen van de schuldenaar inderdaad serieus gewicht hebben en de rechtszekerheid slechts voor zover hij wordt begrepen als de rechtszekerheid van de debiteur en niet van ‘de gemeenschap als geheel’. De zelfstandige betekenis van ‘vlot lopend rechtsverkeer’ als verjaringsmotief is dus niet goed te zien.⁵³

Als doel van verjaring is in vroeger tijden ook wel genoemd de sanctie op inactief gedrag van de debiteur. Tegenwoordig wordt verjaring als straf algemeen onverdedigbaar geacht, terecht, eenvoudig omdat het privaatrecht niet de functie heeft te straffen.⁵⁴

Ook is er wel op gewezen dat de verjaring gerechten ontlast. Die stelling doet bij mij de volgende bedenking rijzen. Als de conclusie luidt dat een vordering niet verjaart omdat daartoe in de individuele rechtsverhouding, of, zo men wil, in het algemeen belang, onvoldoende grond bestaat, dan kan toch moeilijk het feit dat de verjaring van die vordering de werklast van de gerechten zou verminderen, een argument vormen om die vordering tóch verjaard te verklaren.⁵⁵ Zo ligt het ook niet voor de hand de regel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen te schrappen vanwege het feit dat de vorderingen tot nakoming de gerechten zoveel werk bezorgen.

De Law Commission suggereert dat de verjaring tevens ten dienste staat van de crediteur. Onder het kopje “The Interests of the Plaintiffs” schrijft zij: “The statutes of limitation have often been seen as a means of encouraging plaintiffs to act swiftly to protect their rights”.⁵⁶ Een dergelijke stelling is vroeger in de Duitstalige doctrine

53 Zo bijvoorbeeld ook Girsberger, diss., p. 86: “Viele Rechtsordnungen verfolgen mit den Zeitbestimmungen aber auch das Interesse des wirtschaftlichen Verkehrs, das von den parteiinteressen nur schwer zu trennen ist.”

54 In dezelfde zin Asser/Hartkamp 4-I, nr. 653 en met uitgebreide verwijzing naar oude bronnen. Evenzeer afwijzend is Lichtenauer, diss., p. 16 e.v.

55 Zo ook al Von Savigny (1841), p. 272 en meer recent o.a. Spiro, p. 21; Peters, Zimmerman (1981), p. 104; Heinrichs (1991), p. 3 en 7; Palandt-Heinrichs (2002), Überbl. vor § 194, Rnr. 11; Piekenbrock (2006), p. 318. Mansel (2001) erkent dat de heersende leer de mogelijk gunstige effecten op proceseconomie als niet meer dan een *Nebenzweck* van verjaring beschouwt, maar is het daar niet helemaal mee eens: “In den heutigen Zeiten, die von der Knappheit der Ressource Justiz geprägt sind, hat der Gedanke der Prozeßökonomie einen deutlichen höheren Stellenwert als im Jahre 1975 [het jaar van verschijning van Spiro’s boek – JLS] gewonnen. Er kommt daher heute auch im Verjährungsrecht stärker zum Tragen.” Deze gedachtegang spreekt niet aan omdat hij zo weinig precies is. Dat de proceseconomie in brede zin aan gewicht heeft gewonnen, is een te algemene constatering om de conclusie te rechtvaardigen dat de proceseconomie dus ook de verjaring (mede) is gaan dragen.

56 Law Commission (1998) p. 14.

ook wel betrokken, maar wordt daar tegenwoordig algemeen verworpen, het meest treffend misschien in de volgende bewoordingen “Erziehung ist nicht Aufgabe des Privatrechts, ebensowenig Bevormundung”;⁵⁷ opvoeding en bevoogding vormen geen doel van privaatrecht. Ik geloof ook niet dat als een crediteur de keuze zou worden gelaten zijn vordering al dan niet aan een tijdslimiet te onderwerpen, hij inderdaad voor die beperking zou kiezen. Het is in dat licht al te paternalistisch de verjaring toch te zijnen behoeve te verklaren.

8.7 Het rechtseconomische belang van verjaring

8.7.1 Twee rechtseconomische publicaties

Tot slot verdient bij beschouwing van de doelen van de verjaring nog het rechtseconomische aspect de aandacht. Het wordt zelden expliciet genoemd in verjaringsrechtelijke literatuur, maar veel verwijzingen naar het algemeen belang roepen toch wel rechtseconomische associaties op. Denk aan het “vlot lopend rechtsverkeer”, de ontlasting van gerechten en in zekere zin ook het algemeen rechtszekerheidsbelang.

Een stuk waarin de rechtseconomische analyse van het algemene verjaringsrecht werkelijk centraal staat, is een *draft paper* van Ogus uit 2005.⁵⁸ De analyse die daarin wordt gegeven kan (nog) niet overtuigen. De auteur benoemt via – wat mij betreft niet steeds even waarschijnlijke – aannames mogelijke kosten en baten van het verjaringsrecht, maar moet vervolgens erkennen dat het niet mogelijk is die kosten en baten te becijferen. Op basis van “guesses on these issues” acht hij een “network of specific rules combined with judicial discretion” het optimale verjaringsregime.⁵⁹

Met de erkenning evenwel dat de mogelijke kosten en baten van een bepaald verjaringsregeling niet kunnen worden becijferd, is welbeschouwd de basis aan de conclusie van het stuk ontvallen. De enige reden om een regel die ingrijpt in de individuele rechtsverhouding anders te doen luiden dan die individuele rechtsverhou-

57 Staudinger-Peters (2004), § 194 Rnr 6 met verwijzing naar oude bronnen. In dezelfde zin Spiro (1975), p. 20.

58 Ogus (2005) *draft*. Ogus gaf tijdens het seminar waar het gepresenteerd werd nadrukkelijk te kennen nog met gedachtevorming bezig te zijn. Het voorblad vermeldt “This is a draft paper and should not be cited without the permission of the author”. Ik zal dat toch doen, omdat (i) het stuk niet in besloten kring werd uitgedeeld, maar via internet te downloaden is en in het openbare seminar uitgebreid onderwerp van discussie was (ii) het enkele feit dat iemand over een bepaald onderwerp nog niet is uitgedacht, er niet aan in de weg staat dat ook zijn initiële gedachten al helpen de discussie op een hoger plan te tillen, (iii) het voor de gedachtevorming van groot belang is omdat er geen andere stukken zijn die een brede visie op de rechtseconomische kant van verjaring presenteren. Maar benadrukt zij dus wel dat het stuk slechts de voorlopige opvattingen van de auteur weergeeft en dat het denkbaar is dat die opvattingen nog wijzigen.

59 Het feit dat het recht in Engeland en Wales daarmee niet overeenstemt komt door “lawyers’ lobbying”, aldus Ogus, immers (p. 12): “practising lawyers have an incentive to persuade legislature and policymakers to adopt legal rules and legal procedures which are more complex than that which is optimal, because this is likely to increase demand for their services.”

ding vergt, is een aannemelijk economisch belang. Een dergelijk belang blijkt niet uit deze publicatie.⁶⁰

De conclusie van een andere rechtseconomische publicatie over verjaring van *tortsuits* luidt als volgt:

“This paper has developed a formal model of statutes of limitations for tortsuits based on the trade-off between deterrence and litigation costs. While longer statute enhances deterrence by confronting injurers with more lawsuits, it increases litigation costs. The optimal statute length balances these effects at the margin. (...)”⁶¹

Een aantal bezwaren dringt zich op, een aantal tegen de publicatie in het algemeen,⁶² de volgende twee tegen deze passage in het bijzonder.

- i) De optimale verjaringsregeling zou een afweging zijn tussen kosten die ontstaan doordat een verjaringstermijn verminderde preventie tot gevolg heeft enerzijds en de kosten die zij vermijdt door een verminderd aantal procedures anderzijds. Met name bij kosten van verjaring door verminderde preventie kan ik mij erg weinig voorstellen. Hoe zouden die kosten dan veroorzaakt worden? Blijkbaar is de redenering als volgt. Iemand – een natuurlijke- of rechtspersoon – overweegt onrechtmatig te handelen (voor zover hij dat al overweegt, meestal wil hij dat helemaal niet). Hij overweegt dat en laat zich weerhouden door de gedachte dat hij de schade die hij daardoor veroorzaakt moet vergoeden. Zo kan het inderdaad gaan; een dergelijke rationele afweging van kosten en baten is soms voorstelbaar. Het is wat rechtseconomen *deterrence* noemen.

Maar, aldus het model, door de verjaring werkt die *deterrence* niet, althans verminderd, want de potentiële *tortfeasor* zou er, gesteld voor de keuze al dan niet onrechtmatig te handelen, voor kunnen kiezen inderdaad onrechtmatig te handelen omdat de benadeelde maar vijf jaar de tijd heeft om zijn vordering in te stellen; die beperking scheelt zo veel dat de baten van onrechtmatig handelen ondanks de aansprakelijkheid opwegen tegen de kosten. Aldus vertrouwend op de voor hem schadebeperkende werking van de verjaring pleegt de betrokkene

60 Een definitieve versie van de paper is voor zover ik heb kunnen nagaan niet verschenen. Misschien zag uiteindelijk Ogus geen kans zijn stellingen voldoende aannemelijk te maken en achtte hij het wetenschappelijk zuiver van publicatie af te zien.

61 Miceli, *IRLE* 2000, p. 1.

62 Ik noem kort de volgende. (i) De auteur lijkt zich van de mogelijkheid tot stuiting niet bewust te zijn, hetgeen zijn veronderstellingen ten aanzien van wat de crediteur wel en niet geneigd is te doen op losse schroeven zet. (ii) Hij meent dat bewijsnood de traditionele rechtvaardiging van verjaring is, terwijl dat wel *een*, maar niet *de* traditionele rechtvaardiging is. Het besef dat de debiteur op enig moment moet weten waar hij aan toe is, heeft een vergelijkbare staat van dienst. Zijn – hier niet besproken – gedachten over kosten van *legal error* als rechtvaardiging van verjaring zijn daarom eenzijdig. (iii) De auteur spitst zijn betoog toe op de lengte van de verjaringstermijn, terwijl minstens zo belangrijk is het aanvangsmoment van die termijn.

inderdaad een onrechtmatig daad. Ik zou betwijfelen of natuurlijke of rechtspersonen inderdaad zo denken en handelen.⁶³

- ii) “The optimal statute length” zou voortvloeien uit de afweging van de twee hiervoor genoemde variabelen. Zelfs als men beide variabelen serieus zou nemen, rijst toch de vraag hoe wij dat resultaat aan de individuele partijen verkopen als het niet tot een rechtvaardige oplossing in *hun geval* leidt. Ik besef dat dit een klassiek geschilpunt is, dat men verschillend kan denken over *distributive justice*, enzovoorts. Maar als wij bijvoorbeeld vinden dat de crediteur binnen een redelijke termijn nadat hij in staat raakt zijn vordering in te stellen dat ook inderdaad moet doen omdat hij anders zijn wederpartij nodeloos benadeelt en wij voorts vinden dat die redelijke termijn drie jaar bedraagt, hoe bevredigend is het dan die termijn toch maar op bijvoorbeeld drie maanden te stellen als dat in economische termen *optimal* zou zijn? Moderne rechtseconomische theorieën plegen een notie als de behoefte aan rechtvaardige beslissingen in het individuele geval in hun modellen

63 Het is lastig een voorbeeld te bedenken waarin de afweging zou gaan zoals Miceli zich voorstelt. Het volgende misschien.

Aan koeien wordt tot pulp gedraaide schapenkadavers gevoerd. De voerproducent maakt de schapenkadavers schoon met vloeistoffen als ether, aceton en butanol. Hij overweegt die zuiveringsmethode te vervangen door een aanzienlijk goedkopere, te weten verhitte. Het is echter zo dat de stoffen die de schapenziekte scrapies veroorzaken met chemicaliën succesvol kunnen worden bestreden, maar dat zij zelfs bij extreme verhitte moeiteloos standhouden. Scrapies kan door consumptie van koeienvlees bij mensen de dodelijke ziekte Creutzfeldt-Jakob veroorzaken. De incubatietijd van Creutzfeldt-Jakob is erg lang, tot wel twintig jaar. De vervaltermijn voor productenaansprakelijkheid bedraagt tien jaar. De producent zou nu het volgende kunnen overwegen.

De kostenbesparing door nog slechts te zuiveren door verhitte is 100. Daarvan moet ik aftrekken mijn verplichtingen tot schadevergoeding. Die bedragen 140. Zo lijkt een overstap dus 40 verlies te geven. Maar de vervaltermijn van tien jaar zal aan die 140 naar ik verwacht 50 afdoen, doordat wegens de lange incubatietijd niet alle slachtoffers met succes een vordering tegen mij kunnen instellen. De schadevergoedingsverplichting belooft in feite dus slechts 90. Mijn kostenbesparing is derhalve toch nog 10. Laat ik dus van chemische naar thermische zuivering overstappen.

Om een aantal redenen kan dit voorbeeld de stelling dat een verjaringsregime door verminderde *deterrence* tot hogere kosten leidt niet schragen. (i) In de praktijk zal het zich zelden of nooit voordoen dat een producent de calculaties van het voorbeeld werkelijk kan maken. Misschien is het soms mogelijk een voorspelling te doen omtrent de omvang van de schadelast. Maar dat vervolgens ook nog met aanvaardbare mate van zekerheid bepaalbaar zou zijn welk deel van de schade binnen en welk deel buiten de verjaring valt, is hoogst uitzonderlijk (veronderstellende al dat de beslissers het verjaringsregime tot in detail zouden kennen, wat bijna nooit zo is); (ii) Het is op zichzelf mogelijk de bestuurders van een “actor” een grote mate van cynisme toe te dichten, maar voetstoots aannemen dat zij geldelijk gewin altijd boven mensenlevens stellen gaat wellicht te ver (probeert u zich de gedachtewisseling aan de bestuurstafel maar eens voor te stellen); (iii) het voorbeeld gaat uit van een bovengemiddeld streng verjaringsregime; naar Nederlands recht zou deze vordering bijvoorbeeld helemaal niet verjaard zijn omdat de benadeelde naast een vordering op grond van productenaansprakelijkheid tevens een niet-verjaarde vordering uit onrechtmatige daad ter beschikking staat. Ten slotte de optelsom van de voorgaande argumenten: (iv) dit voorbeeld is er één uit duizenden: zelden gaat het in de praktijk om schade die zich na zo lange tijd manifesteert, zelden kunnen de veronderstelde berekeningen worden gemaakt, zelden is er de vereiste detailkennis van het verjaringsrecht en zelden is een verjaringsregime zo streng als hier werd verondersteld. Deze uniciteit is dodelijk voor rechtseconomische gevolgtrekkingen; die worden immers gedragen door het grote getal.

te verdisconteren. Een dergelijke nuancering is in het onderhavige stuk niet terug te vinden.

8.7.2 *De economische implicaties van verjaringsrecht gerelativeerd*

Als de collectieve economische belangen bij een zeker verjaringsregime pregnant en aannemelijk zijn, kan ik mij voorstellen dat de wetgever zich daar mede naar richt, eventueel zelfs ten koste van de *individualgerechtigheid*. Dat tot op heden in de rechtseconomische literatuur wat mij betreft geen aannemelijke veronderstellingen zijn gedaan – zie de vorige paragraaf – wil niet zeggen dat die veronderstellingen niet gedaan kunnen worden; mogelijk is de gedachtevorming nog onvoldoende uitgekristaliseerd. Ik heb zelf een poging gedaan mogelijke economische gevolgen van verjaring te benoemen.

Laten wij ons voorstellen een onderneming die *niet* door een slapende vordering bedreigd wordt. Wij weten in ons gedachte-experiment dat die onderneming zich over een oude vordering geen zorgen hoeft te maken, maar die onderneming zelf weet dat niet. Die onzekerheid vormt voor die onderneming een last: zij zou schier eindeloos bewijsmateriaal moeten bewaren en verzekeringsdekking moeten aanhouden. Het is echter zeer uitzonderlijk dat iemand, laten wij in overeenstemming met het BW zeggen, twintig jaar na een schadetoebrengende gebeurtenis alsnog in staat raakt zijn vordering in te stellen. Het gevolg zou kunnen zijn, om een geheel willekeurige getallenverhouding te noemen, dat de kosten als gevolg van de onzekerheid over de gehele economie 100 bedragen, terwijl er in werkelijkheid maar voor twintig aan toewijsbare vorderingen bestaat. Het verschil van 80 is overbodig en vormt schade voor de rechtsgemeenschap als geheel.

In theorie is op die manier dus misschien wel een economisch belang te construeren, maar ik betwijfel om de volgende redenen of dat in kwantitatieve zin iets voorstelt.

Men kan twee typen kosten onderscheiden: (i) kosten voor het bewaren van bewijsmateriaal en (ii) kosten voor instandhouding van verzekering. De Law Reform Commission of British Columbia schreef hierover:

“Being ready to defend a civil action may require that adequate records be maintained for long periods. This generates a cost which is passed on by providers of goods and services to consumers. The cost of liability insurance is likewise passed on. The greater the degree of uncertainty as to the potential for litigation, the greater these costs are likely to be. The increased costs would be reflected ultimately throughout the economy.”⁶⁴

Over de verzekeringsdekking schreef de Ontario Task Force on Insurance zelfs dat de “extreme uncertainty associated with ‘long-tail’ risks” midden jaren tachtig heeft geleid tot een sterke verhoging van premies en tot terugtrekking van verzekeraars van de markt voor aansprakelijkheidsverzekeringen.

64 Law Reform Commission of British Columbia (1990), p. 18.

Beide citaten lijken mij wat erg omineus van toon, om de volgende redenen. Wat betreft de kosten voor het veiligstellen van bewijsmateriaal: ik denk dat bij gebreke van een verjaringsregime de rechtssubjecten hun bewijsmateriaal slechts bij hoge uitzondering langer dan, laat ons opnieuw zeggen twintig jaar, zouden bewaren. De eerste reden voor die veronderstelling is dat het langer bewaren in de meerderheid van de gevallen feitelijk onmogelijk is, doordat de vordering onbekend is en er dus helemaal geen dossier is om “in stand te houden”; zolang men niet weet op welke feitelijke grondslag men een juridische actie tegen zich gericht zal krijgen, is het ook niet mogelijk enige positie betreffende die feiten te verzekeren. Maar ook in gevallen waarin die moeilijkheid zich in mindere mate voordoet, zou men, naar ik verwacht, zijn stukken niet eindeloos bewaren wegens de dreiging van *long dormant claims*.

Een rechtsverhouding waarin het bijvoorbeeld redelijk mogelijk is de bewijspositie tegen de tand des tijds te beschermen, is de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Deze overeenkomst regelt een vrij geïsoleerde, veelal gedetailleerd schriftelijk geboekstaafde handeling. Die karakteristiek maakt het mogelijk de bewijsmiddelen ter afwering van een eventueel uit die handeling voortvloeiende vordering zeer lang levend te houden. Tot voor invoering van art. 3:310 lid 5 BW in 2004 kon het ziekenhuis nog twintig jaar na de behandeling worden aangesproken en tegenwoordig, na de invoering van art. 3:310 lid 5 BW, zelfs tot in het oneindige. De WGBO bepaalt dat patiëntgegevens gedurende tien jaar bewaard moeten blijven, of zoveel langer als uit de zorg van een goed hulpverlener voortvloeit (art. 7:454 lid 3 BW). Gelet op hun eigen positie zouden de ziekenhuizen die gegevens strikt genomen dus nog veel langer moeten bewaren. Maar zij lijken daartoe niet geneigd te zijn: in het kader van een discussie over de vraag of een bewaartermijn van tien jaar voor het welzijn van de patiënt niet te kort is, schrijft De Gezondheidsraad: “Intussen is de vernietiging van meer dan tien jaar oude dossiers al begonnen. Instellingen die kampen met volle archiefkelders hebben de mogelijkheid tot ruimtewinst soms al dankbaar aangegeven.”⁶⁵

Zelfs waar de dreiging van een vordering niet aan tijdsgrenzen onderworpen is en de verzekering van de bewijspositie gedurende lange tijd mogelijk is, vindt dus de eindeloze bewaring van het dossier niet plaats. Zie ook de MvT bij het toegevoegde lid 5 van art. 3:310 BW:

“Ook moet worden aangetekend dat uit de huidige praktijk blijkt dat bedrijven de betreffende gegevens niet gedurende de gehele periode dat zij met een schadevergoeding kunnen worden geconfronteerd bewaren. Doorgaans bewaart men deze gegevens niet langer dan 10 jaar.”⁶⁶

Niet uit te sluiten valt uiteraard dat bij gebreke van enig verjaringsregime sommigen wél geneigd zouden zijn te trachten hun bewijspositie zekerheidshalve schier eindeloos te bewaren. Dat evenwel de daarmee gepaard gaande kosten van een zodanige orde

⁶⁵ Gezondheidsraad (2004), p. 28.

⁶⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 1999–2000, 26 824, nr. 3, p. 5.

zijn dat deze “costs would be reflected ultimately throughout the economy” lijkt mij niet aannemelijk.

Ook wat (ii) betreft, over de toenemende kosten van verzekering, ben ik minder zwaarmoedig dan de Law Reform Commission of British Columbia en de Ontario Task Force on Insurance. Ik zou menen dat het met die premies van tweeën één is. Of de verzekeraars slagen erin een redelijke inschatting van het risico van *long tail claims* te maken zodat zij die claims kunnen verzekeren tegen een premie die in redelijke verhouding staat tot de uiteindelijke schadelast. Dan is er van wezenlijke *extra* kosten door *uncertainty* geen sprake. Of de verzekeraars kunnen de risico's van *long tail claims* onvoldoende overzien om op economisch verantwoorde wijze een premie vast te stellen, zodat zij grenzen zullen stellen aan de periode waarover de verzekering dekking verleent. Dan stijgt de premie dus in het geheel niet. Zie in dit verband bijvoorbeeld hetgeen Fransen van der Putte schrijft in het kader van een artikel over de reacties van verzekeraars op de asbestclaims:⁶⁷

“Vrijwel alle verzekeringen die in de voor de abestclaims relevante periode liepen, waren gesloten op deze act committed basis.⁶⁸ Dit wil zeggen dat de aangesproken werkgevers in beginsel terug konden vallen op de destijds gesloten verzekeringen. Het sinister, te weten de blootstelling aan asbeststof, had zich immers tijdens de looptijd van die verzekeringen voorgedaan. Om niet langer aan dit zogenaamde longtail-risico – de lange periode dat nog onder een polis kan worden geclaimd nadat de verzekering is beëindigd – te hoeven dragen, zijn veel verzekeraars overgegaan op het loss occurrence-systeem.”

In dit laatste scenario komt uiteraard wel het risico weer voor “eigen rekening”. Ik betwijfel evenwel of die onzekerheid van enige economische betekenis is. De kans dat men wordt overvallen door een decenniaoude vordering is zodanig klein dat naar ik verwacht weinigen hun financiële en beleidsmatige afwegingen daardoor mede laten bepalen; dat particulariseren hun gedrag daarop niet afstemmen behoeft denk ik geen betoog en voor ondernemingen geldt dat er toch bepaald invloedrijker bedrijfsrisico's zijn.

Een indicatie dat wellicht in de gegeven citaten de invloed van een verjaringsregime op verzekeringspremies toch wat overschat wordt, kan men ook zien in het feit dat de aanzienlijke verkorting van de verjaringstermijnen sinds 1992 voor zover mij bekend is op verzekeringspremies geen invloed heeft gehad. Vroeger was er een verjaringstermijn van dertig jaar. Die termijn is zo lang, dat als het risico van “oude vorderingen” inderdaad in de premie tot uitdrukking komt, zich dat onder het oude recht moet hebben voorgedaan. Niet ten volle, er was immers wel een verjaringsregime, maar wel in belangrijke mate, omdat vorderingen van tussen de zeg tien, en dertig jaar toch ook al behoorlijk oud zijn. Met de verkorting van de belangrijkste verjarings-

67 Fransen van der Putte, *AV&S* 2005, p. 69.

68 Toegevoegde noot: “act committed basis” wil zeggen dat bepalend voor de dekking is of de schade tijdens de looptijd van de verzekering is veroorzaakt.

termijn van dertig jaar tot vijf jaar nam de dreiging van die oude vorderingen sterk af, maar tot premieverlaging leidde dat niet.

Ten opzichte van het oordeel van de Law Reform Commission of British Columbia en de Ontario Task Force on Insurance is mijn voorgaande opvatting afwijkend, maar of zij in bredere zin dissident is, betwijfel ik. Omdat de twee betreffende commissies expliciet een echt rechtseconomisch belang benoemen – en daar was ik naar op zoek – heb ik hun opvattingen prominent genoemd. In de vele andere bronnen over verjaring krijgen hun overwegingen evenwel geen rol van betekenis toebedeeld. Een brede stroming representeren zij dus niet.

8.8 Conclusie

Het belangrijkste verjaringsdoel is gelegen in het beschermen van de debiteur tegen (i) ongegronde vorderingen waartegen hij zich wegens de teloorgang van bewijsmiddelen niet meer adequaat kan verweren en (ii) gegronde vorderingen die hij wegens tijdsverloop niet meer verwacht. Het algemene rechtszekerheidsbelang heeft, waar het gaat om de gevolgen van verjaring, geen zelfstandige betekenis: het is niet meer dan een optelsom van de toegenomen rechtszekerheid van de individuele debiteuren. Wel kan men zeggen dat de wettelijke regeling van verjaring, en dan in het bijzonder de termijn die van de verjaringsregeling deel uitmaakt, het algemeen rechtszekerheidsbelang dient, in die zin dat zij de kenbaarheid van het recht bevordert. Voorts hebben bij de rechtsverhouding betrokken derden een rechtszekerheidsbelang bij het gevolg van verjaring. Andere doelen, zoals bevordering van het “vlot lopend rechtsverkeer”, het straffen van de crediteur of de ontlasting van gerechten, zijn voor de verjaring niet wezenlijk. Evenmin lijken rechtseconomische overwegingen van essentiële betekenis te zijn.

9 | De rechtvaardiging van verjaring

9.1 Inleiding

Hiervoor werden de belangen die met de bevrijdende verjaring worden gediend geïdentificeerd. Daaraan voorafgaand werd de inleidende opmerking gemaakt dat men met die identificatie nog maar halverwege is: vervolgens moet worden beoordeeld of de verwezenlijking van dat doel opweegt tegen het offer dat door de verjaring van de crediteur wordt geleverd. In deze paragraaf wordt deze tweede stap gezet.

Wij zullen zien dat in dat kader fundamentele betekenis toekomt aan het onderscheid tussen enerzijds de situatie waarin van de benadeelde redelijkerwijze verwacht had mogen worden dat hij zijn vordering instelde en anderzijds de situatie waarin van de benadeelde niet redelijkerwijze verwacht had mogen worden dat hij zijn vordering instelde. Als van hem wel redelijkerwijze verwacht had mogen worden dat hij zijn vordering instelde, is verjaring eigenlijk helemaal niet moeilijk te rechtvaardigen: tegenover de baten van de verjaring staat eigenlijk geen serieus belang van de crediteur bij voortdurende geldigheid van zijn recht; hij kan dat recht immers nu reeds geldend maken. Hem wordt zijn zelfverkozen dralen tegengeworpen.

Veel moeilijker is het verjaring te rechtvaardigen als van de benadeelde redelijkerwijze niet verwacht had mogen worden dat hij zijn vordering geldend maakte. Verwijt kan in dat geval niet dienen als grond voor verlies van recht. Een alternatieve rechtvaardigingsgrond die even algemeen geldig is, zal blijken niet te bestaan. Waar in geval van verwijt welhaast ieder belang bij verjaring volstaat om verjaring gerechtvaardigd te achten – de benadeelde heeft het immers in eigen hand de verjaring af te wenden – moet buiten verwijt een veel genuanceerder belangenafweging plaatsvinden: van de hiervoor geïdentificeerde verjaringsbelangen moet worden bepaald of zij individueel of wellicht gecombineerd van voldoende gewicht zijn om het schuldeloze verlies van recht van de benadeelde te rechtvaardigen. Die exercitie zal in het tweede deel van deze paragraaf worden verricht.

Het tweede deel van deze paragraaf is langer dan het eerste doordat de oplossing van het probleem een uitvoeriger redenering vergt. Daaruit moet niet de indruk ontstaan dat het probleem van verjaring “buiten schuld” ook in praktische en kwantitatieve zin van grotere betekenis is dan verjaring in geval van verwijtbaar stilzitten, integendeel; om alvast enigszins op de zaken vooruit te lopen: verjaring buiten schuld vindt haar positiefrechtelijke vertaling in de lange (twintig of dertig jaar) absolute termijnen; verjaring in geval van verwijtbaar stilzitten in de korte relatieve termijnen (vijf jaar). Die relatieve termijnen zijn voor de rechtspraktijk van vele malen grotere betekenis dan de absolute termijnen.

9.2 Van de crediteur kon redelijkerwijze verwacht worden dat hij zijn vordering instelde

Als van de crediteur redelijkerwijze verwacht had mogen worden dat hij zijn vordering instelde, is als gezegd de rechtvaardiging van verjaring eigenlijk helemaal niet problematisch. Enerzijds zijn er dan de in de vorige paragraaf benoemde wezenlijke belangen van, met name de debiteur, bij de tijdige uitoefening van zijn recht door de crediteur. Anderzijds is er in dat geval het nauwelijks serieus te nemen belang van de crediteur bij een steeds maar voortdurende bevoegdheid tot uitoefening van zijn recht; hij kan dat recht immers *nu* reeds uitoefenen. De afweging is dan niet moeilijk meer: van de crediteur te verlangen dat hij zijn vordering binnen een redelijke termijn instelt vraagt van hem geen reëel offer, terwijl het voorkomt dat de positie van de debiteur door tijdsverloop steeds verder bezwaard raakt. Als de crediteur zijn beurt voorbij laat gaan, is dat zijn eigen keuze. Het is niet onrechtvaardig hem zijn recht te doen verliezen: hij heeft dat verlies aan zijn eigen stilzitten te danken.

Waar van de crediteur verwacht had mogen worden dat hij zijn vordering instelde, is verjaring daarom te karakteriseren als een gestandaardiseerde vorm van rechtsverwerking. Niet in juridisch-technisch opzicht uiteraard – onder andere omdat stilzitten voor rechtsverwerking niet genoeg is – maar wel in conceptuele zin: door zijn gedraging (hier: een niet-doen) bezwaart de crediteur de positie van de debiteur zozeer dat hem die gedraging wordt tegengeworpen. Vergelijk de definitie van de Hoge Raad in zijn arrest van 7 juni 1991:¹ “Van rechtsverwerking kan slechts sprake zijn indien de schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht.”

Ik gebruikte hiervoor nadrukkelijk het woord gestandaardiseerd. Rechtsverwerking is een toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, dus moeten ter beantwoording van de vraag of sprake is van rechtsverwerking steeds alle omstandigheden van het geval in overweging worden genomen. Die omstandigheden verschillen telkens, dus kan men niet anders dan van geval tot geval beoordelen of sprake is van rechtsverwerking. Om die reden kan men Houwing nazeggen: “Ik geloof niet dat we ooit een erg bruikbare en rechtszekerheid verschaffende Wet op de rechtsverwerking zouden kunnen krijgen”.²

Maar voor het pessimisme van Houwing bestaat geen reden ten aanzien van gevallen waarin de crediteur zonder reden draalt bij het geldend maken van zijn vordering: het enkele gegeven dat hij nodeloos draalt, gepaard aan de wetenschap dat de debiteur door die gedraging steeds benadeeld wordt, is op zichzelf, wat ook de andere omstandigheden van het geval zijn, reden genoeg hem zijn vordering te ontzeggen. De beoordeling van die eenvoudige feitenconstellatie is wél in de vorm van een concrete wettelijk regel te vangen, dus verdient het uit het oogpunt van de rechtszekerheid – in de zin van voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen –

1 NJ 1991, 708.

2 HOUWING (1968) P. CHECKEN.

aanbeveling inderdaad voor die standaardisering te kiezen. Het zwaartepunt van die standaardisering ligt in de vaste termijn die zij stelt; dat die termijn niet door individuele rechters behoeft te worden vastgesteld biedt grote rechtszekerheidswinst.

Hoe men nu in de Nederlandse rechtspraak en doctrine precies tegenover die wat mij betreft cruciale rechtsverwerkingsgedachte staat, is niet helemaal duidelijk. Ik heb in 2003 verdedigd dat hij richtsnoer zou moeten zijn bij de interpretatie van de subjectieve termijn van art. 3:310 lid 1 BW. Nadien is over art. 3:310 lid 1 BW het principiële Saelman-arrest gewezen en daarin is de rechtsverwerkingsgedachte inderdaad wel herkend.³ De Hoge Raad overwoog dat de termijn pas aanvangt als de benadeelde “daadwerkelijk in staat is” zijn vordering in te stellen.

Intussen is het echter niet zo dat de Hoge Raad zijn gedachten expliciet langs de lijnen van de rechtsverwerking inricht, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de motivering (niet de uitkomst) van zijn rechtsdwalingsarrest van 26 november 2004.⁴ In dat arrest oordeelde hij dat onbekendheid met het bestaan van een vordering wegens rechtsdwalings niet aan de aanvang van de subjectieve termijn van art. 3:310 lid 1 BW in de weg staat. Ter motivering van dat oordeel voert hij een veelheid aan motieven aan: een andersluidende conclusie (i) strijdt met het uitgangspunt dat een beroep op rechtsdwalings niet wordt aanvaard, (ii) geeft tot rechtsongelijkheid aanleiding, (iii) is in strijd met de rechtszekerheid en (iv) ook met de billijkheid.

Deze waaier van argumenten is geen demonstratie van de rechtsverwerkingsgedachte. Die zou hebben geleid tot een kortere redenering: de crediteur moet zijn vordering geldend maken als dit redelijkerwijze van hem verwacht mag worden. Omdat het Nederlandse rechtsverkeer gebaseerd is op de gedachte dat een ieder geacht wordt zijn recht te kennen, kan onbekendheid met zijn recht niet in de weg staan aan het oordeel dat van de schuldeiser redelijkerwijze verwacht mocht worden dat hij zijn recht geldend maakte. Dat de motivering scherper op rechtsverwerking geënt had kunnen zijn, wil overigens uiteraard nog niet zeggen dat de Hoge Raad de rechtsverwerkingsgedachte verwerpt.

In de doctrine wordt in deze principiële kwestie beperkt stelling genomen. Brunner doet dat wel.⁵ Hij schreef:

3 Hartlief, *AA* 2004, p. 270, r.k. Tjittes (2007), p. 15, merkt wel op dat men verjaring kan zien als vorm van rechtsverwerking, maar laat zich over de wenselijkheid van die zienswijze niet uit (overigens zou ik niet verjaring in het algemeen, maar in het bijzonder verjaring krachtens de subjectieve termijn als rechtsverwerking willen beschouwen; verjaring krachtens de objectieve termijn heeft met rechtsverwerking weinig van doen; zie hierna § 28.11).

4 *RvdW* 2004, 134.

5 Er is ook de volgende opmerking van Janssen, *BWKJ* 2004, p. 62: “Hartlief ziet het arrest als uitdrukking van de door Smeehuijzen gepropageerde gedachte dat de korte verjaring van art. 3:310 BW een uitdrukking is van het leerstuk van de rechtsverwerking. Ik kan dit hierin niet lezen. Het is vaste rechtspraak dat een enkel stilzitten, derhalve louter tijdsverloop, ontoereikend is om een recht te verwerken. Enkel tijdsverloop – mits hierop een beroep wordt gedaan – is voor verjaring daarentegen juist karakteristiek.” Ik schreef echter niet de rechtsverwerking in technische zin op het oog te hebben, maar de gedachte achter de rechtsverwerking. In het artikel waarnaar Janssen verwijst (zijn nootverwijzing naar mijn tekst heb ik in de geciteerde passage weggelaten) gebruikte ik nagenoeg dezelfde woorden als hiervoor in de hoofdttekst.

“Voor het bestaan van het instituut der verjaring wordt gewoonlijk aangevoerd dat de rechtszekerheid van het rechtsverkeer eist dat na het verstrijken van de verjaringstermijn de rechtsvordering niet meer kan worden geldend gemaakt, indien de gedaagde zich op verjaring beroept.

Dat is ook een eis van redelijkheid en billijkheid, indien de gerechtigde zonder noodzaak zijn recht lange tijd niet heeft geldend gemaakt. Het zou immers onredelijk en onbillijk zijn om de gedaagde te blijven belasten met het bewijs dat het recht niet meer bestaat, ook indien het lange tijd geleden is ontstaan en zonder goede reden nooit is geldend gemaakt. Niet onredelijk en onbillijk zou het daarentegen zijn om dan van de eiser het bewijs te verlangen, dat het recht nog bestaat. Daarvoor zou hij dan wel aannemelijk moeten maken waarom hij zijn vordering niet voor het verstrijken van de verjaringstermijn kon geldend maken. Dat laat zien, dat de pijn zich vooral voordeed en nog voordoet in gevallen waarin de eiser zijn recht niet binnen de verjaringstermijn kon handhaven.

Verjaring is verwant aan rechtsverwerking door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dat verjaring en rechtsverwerking verwant zijn, is ook door de wetgever onderkend. Door uitbreiding in het nieuwe BW van de gevallen waarin een korte verjaringstermijn geldt, wordt immers het instituut van de rechtsverwerking teruggedrongen ten gunste van de verjaring.”⁶

Deze passage vormt een bouwsteen in Brunners betoog dat verjaring *alleen* gerechtvaardigd is als de crediteur verwijtbaar stil heeft gezeten, terwijl naar mijn oordeel inderdaad in die situatie verjaring gerechtvaardigd is, maar er zich ook nog andere omstandigheden kunnen voordoen die de verjaring rechtvaardigen.⁷ Op zichzelf echter, en daar gaat het in deze paragraaf om, vind ik wel treffend de parallel met de rechtsverwerking in het geval de crediteur zijn vordering geldend had kunnen maken.

Met name in de Duitstalige doctrine is de vraag of verjaring in geval van verwijtbaar stilzitten als rechtsverwerking kan worden gekwalificeerd, uitgebreider dan in Nederland aan de orde geweest. De volgende opvatting van Spiro is breed aanvaard:

“Die Verwirkung (...) umfasst Handlungen sowohl als Säumnisse und unter letzteren, die hier allein interessieren, ganz offenbar auch die Verjährung: auch sie lässt den Berechtigten seinen Anspruch verlieren, weil sein Verhalten sein Recht für den Verpflichteten zu drückend werden liess, die Durchsetzung seines Rechts mit jenem Verhalten nicht vereinbar ist.”⁸

Na de argumenten die ik hiervoor opperde, het besliste *ganz offenbar* van Spiro en bij gebreke van serieuze tegenargumenten lijkt het mij niet nodig de stelling dat verjaring bij verwijtbaar stilzitten een vorm van rechtsverwerking is, nader te adstrueren. Ik wijd er al met al dus niet heel veel tekst aan. Benadrukt zij echter dat daarmee de omvang van het betoog omgekeerd evenredig is aan het belang ervan: in de loop van dit boek zal blijken dat de rechtsverwerkingsgedachte de leidraad vormt bij

6 Brunner, *Themis* 2001, p. 244.

7 Zie hierna § 9.3.

8 Spiro (1975), p. 931.

beoordeling van alle vragen over de relatieve verjaringstermijnen, en die relatieve verjaringstermijnen vormen veruit het belangrijkste onderdeel van ons verjaringsrecht.

9.3 Van de crediteur kon niet redelijkerwijze verwacht worden dat hij zijn vordering instelde

9.3.1 Inleiding

Maar nu: van de crediteur kon *niet* verwacht worden dat hij zijn vordering instelde. Toch doet de verjaring hem zijn vordering door louter tijdsverloop verliezen. Is dat nog te rechtvaardigen? Dat iemand zijn recht verliest zonder het ooit geldend te hebben kunnen maken is een resultaat dat zo op het eerste gezicht weerstand wekt. Er valt gevoelsmatig veel voor te zeggen als regel te aanvaarden dat de benadeelde de gelegenheid moet hebben gehad zijn recht uit te oefenen alvorens het door louter tijdsverloop waardeloos kan raken.

Die opvatting lijkt ook in de doctrine de overhand te hebben. Tjittes schrijft dat het tegengestelde resultaat “in Nederland vanuit billijkheidsoogpunt algemeen onverteerbaar” wordt geacht.⁹ Inderdaad lijkt het Hartkamp “in strijd met het wezen van een subjectief recht (...) dat men het (*de iure* of *de facto*) zou kunnen verliezen zonder in de gelegenheid te zijn geweest het uit te oefenen of maatregelen ter bescherming ervan te nemen”¹⁰ en raadt Brunner de wetgever aan te “volstaan (...) met verjaringstermijnen die eerst lopen vanaf het moment dat het recht daadwerkelijk kon worden geldend gemaakt.”¹¹

De wetgever leek een ander oordeel te zijn toegedaan. De huidige absolute verjaringstermijnen doen namelijk *per definitie* een vordering verjaren die de crediteur nog niet had kunnen instellen.¹² Maar voor een belangrijke categorie zaken lijkt de wetgever die implicatie nu toch ook onaanvaardbaar te vinden: de vordering tot vergoeding van personenschade heeft hij aan de werking van de absolute termijn onttrokken door toevoeging van een vijfde lid aan art. 3:310 BW.¹³

De Hoge Raad was de wetgever in die afbreuk aan de absolute termijn in zekere zin al voorgegaan, door in Van Hese/De Schelde¹⁴ – waar de benadeelde inderdaad zijn vordering niet had kunnen instellen omdat zijn ziekte zich pas na decennia

9 Tjittes, *WPNR* 2002, p 56. l.k.

10 Asser/Hartkamp nr. 664.

11 Brunner, *Themis* 2001, p. 248, r.k.

12 Dit wordt overigens nogal eens miskend. Zie nader § 22.1. Een uitzondering kan zich voordoen als de relatieve termijn zou gaan lopen, korter dan vijf jaar voordat de lange termijn afloopt; in dat uitzonderlijke geval verjaart de vordering wél krachtens de absolute termijn, terwijl de benadeelde in staat was zijn vordering geldend te maken. Die uitzondering doet er niet aan af dat op conceptueel niveau de relatieve termijn vorderingen die de crediteur wél geldend kon maken voor de voeten van de absolute termijn wegmaait.

13 Art. 3:310 lid 5; van kracht sinds 1 februari 2004; zie nader § 22.3.3.

14 HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 m.nt. ARB.

openbaarde – een beroep op de absolute verjaringstermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid te oordelen. De Hoge Raad moet daar zeer sterk het gevoel hebben gehad onrecht te doen door anders te beslissen, gegeven het feit dat zijn oordeel bijna, volgens sommigen zelfs helemaal, contra legem was: de tekst van de wet zegt, en de parlementaire geschiedenis leert dat die bewoordingen welbewust zijn gekozen, dat de vordering *in ieder geval* verjaart, dertig jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis. Ook de Hoge Raad kon het dus niet over zijn hart verkrijgen een vordering verjaard te oordelen die de benadeelde niet had kunnen instellen.

Hoe lastig verjaring “buiten schuld” te rechtvaardigen is, blijkt ook bij Spiro, die na zijn uitgebreide beschouwingen over gevallen waarin de crediteur zijn vordering wél had kunnen instellen, over de tegengestelde situatie niet meer zegt dan:

“Nichts steht aber entgegen, dass der Gesetzgeber darüber hinaus [naast de gevallen waarin de crediteur zijn vordering had kunnen instellen – JLS] in einzelnen Fällen die Rücksicht auf einen durch die Anerkennung seines Anspruchs bereits begünstigten Gläubiger einem besonderen Schützbedürfnis des Schuldners, etwa wegen besondere Erschwerung der Abklärung durch den Zeitablauf, aufopfert, nichts auch, dass solche Bestimmungen allmählich ein gemeinsames Prinzip erkennen lassen, das die Anwendung auf weitere Fälle gestattet. Als Allgemeine, keiner besonderen Statuierung mehr bedürftige Rechtfertigung von Rechtsnachteilen dürfte allerdings bis heute für den Rechtsverlust wie für die Haftung nur das Rechtsgeschäft und das fehlerhafte Verhalten erkennbar sein.”¹⁵

Met andere woorden, ook als de crediteur zijn vordering niet had kunnen instellen, zijn er gevallen te bedenken waarin verjaring toch gerechtvaardigd is. Maar het is kennelijk wel even zoeken: Spiro noemt het, tamelijk buitenissige, geval waarin het belang van de door het enkel toekennen van zijn vorderingsrecht toch al bevoordeelde crediteur kan worden opgeofferd aan een beschermwaardig belang van de debiteur dat is ontstaan door tijdsverloop (zoals zijn onvermogen het verleden te reconstrueren). Ook sluit Spiro niet uit dat zich in dit soort overwegingen geleidelijk een “gemeinsames Prinzip” laat herkennen dat zich ook op andere gevallen laat toepassen. Maar wat dat “gemeinsames Prinzip” dan zou kunnen zijn vermeldt Spiro niet, en op zijn suggestie dat dit toch wel zou kunnen bestaan laat hij direct volgen dat “bis heute” de rechtshandeling en de fout de enige twee geen nadere toelichting behoevende gronden voor verlies van recht zijn.

Nu is die nuancerende tijdsaanduiding “bis heute” nogal treffend gekozen door Spiro. Toen hij zijn boek schreef (1975) was de vraag naar verjaring in het geval de crediteur zijn vordering niet had kunnen instellen weinig voorkomend wegens, om het zo maar te zeggen, de stand van de wetenschap. Het kwam eigenlijk niet voor dat iemand pas na, zeg twintig jaar, in staat raakte zijn vordering in te stellen. Spiro schreef in 1990:

15 Spiro (1975), p. 27.

“Ik gaf al aan dat dit probleem tot op heden weinig of geen aandacht heeft gekregen. (...) Dat behoeft enige toelichting. De techniek schrijdt voort en in hoog tempo – nog zo onwaarschijnlijk een of enkele decennia geleden – ontstaan (nieuwe) inzichten over zaken waaromtrent tot voor kort niets bekend was. (...) Het spreekt voor zich dat, zolang ‘men’ zich niet bewust is van problemen (de schadelijke gevolgen van verontreiniging van bodem c.a. en de inwerking op de gezondheid van bepaalde stoffen of dampen) geen juridische vragen rijzen. Doch het tij keert. Thans kunnen we onze ogen daarvoor niet langer sluiten.”¹⁶

En inderdaad: waar Spiro zich in 1975 nog op de vlakte kon houden, behoeft inmiddels de vraag naar de rechtvaardiging van verjaring in het geval de crediteur zijn vordering niet geldend heeft kunnen maken, wel degelijk beantwoording. Is het inderdaad waar, zoals de overheersende stem in de Nederlandse doctrine lijkt te zijn, dat verjaring in dat geval niet te rechtvaardigen is?

De gedachtevorming hierover moet beginnen door tegenover de op het eerste gezicht vrij aannemelijke stelling dat iemand zijn recht niet moet kunnen verliezen alvorens hij het geldend kon maken, het evenzeer aannemelijke uitgangspunt te plaatsen dat toch op *enig* moment partijen hun verhouding als definitief afgesloten moeten kunnen beschouwen. Reeds Savigny schreef in die zin: “die an sich ungewissen, des Streitens und Zweifels empfänglichen, verhältnissen des Rechts und des Vermögens dadurch festzustellen, daß die ungewißheit in bestimmte Zeitgränzen eingeschlossen wird”.¹⁷

Ooit moet aan de onzekerheid een einde komen. Die klassieke notie doet denken dat na zekere tijd het zwaard onherroepelijk moet vallen, of de benadeelde zijn vordering nu heeft kunnen instellen of niet.

Maar onverkorte handhaving van beide regels is uitgesloten. Het is van tweeën een: gelding van de regel dat de benadeelde zijn recht niet kan verliezen alvorens de mogelijkheid te hebben gehad het uit te oefenen *impliceert* dat de onzekerheid ongelimiteerd kan voortduren; andersom is het zo dat gelding van een blinde termijn *impliceert* dat de benadeelde zijn recht kan verliezen voordat hij in staat was het geldend te maken.

Welke regel moet winnen, wordt niet duidelijk door ons ongepreciseerd af te vragen wat nu belangrijker is: dat de benadeelde de gelegenheid heeft gehad zijn vordering in te stellen of dat aan de onzekerheid ooit een eind komt. Noodzakelijk is die intuïties nader te concretiseren en te rationaliseren. Pas als we meer duidelijkheid hebben over hun praktische betekenis kunnen zij vruchtbaar tegen elkaar worden afgewogen.

¹⁶ Spiro (1990), p. 4.

¹⁷ Von Savigny (1841), p. 267.

9.3.2 *Tijd heelt alle wonden*

Ik begin daarmee door een kanttekening te plaatsen bij de stelling dat iemand zijn recht moet hebben kunnen uitoefenen alvorens hij het door louter tijdsverloop verliest, nog daargelaten de mogelijke botsing van die stelling met de gedachte dat het “ooit afgelopen moet zijn”. Is het wel zo dat de schuldeiser er altijd een gerechtvaardigd belang bij heeft zijn vordering tot in de eeuwigheid te kunnen blijven uitoefenen? Ik meen van niet.

De rechtvaardiging van verjaring in het geval de crediteur in staat is geweest zijn vordering in te stellen, vloeide voort uit de diskwalificatie van zijn belang. Zijn belang is een eeuwig voortdurende bevoegdheid zijn vordering uit te oefenen. Als hij tot dat uitoefenen nu al in staat is, is dat belang niet serieus te nemen in verhouding tot het belang van de debiteur bij het tijdige geldend maken van die vordering – ik noemde zijn stilzitten een vorm van rechtsverwerking.

Verdedigbaar is dat zijn belang bij de eeuwige geldigheid van zijn recht ook op een geheel andere grond valt te diskwalificeren. Die grond doet zich niet na betrekkelijk kort tijdsverloop voor, zoals de rechtsverwerkingsgedachte wel verjaring op korte termijn kan dragen, en berust ook niet op een verwijt aan de crediteur, maar doet zich in het algemeen pas na langere tijd voor, geheel buiten de invloed van de crediteur. Ik doel op iets wat men denk ik maar het beste aanduidt met de volkswijsheid “tijd heelt alle wonden”.¹⁸

Laten wij als voorbeeld het schadevergoedingsrecht nemen. Het schadevergoedingsrecht beoogt de verslechtering van de vermogenspositie van de benadeelde teniet te doen. Maar de noodzaak tot en zelfs de wenselijkheid van verwezenlijking van dat doel nemen af naarmate de tijd voortschrijdt.

Immers: stel dat A aan B de opdracht geeft voor hem een huis te bouwen. Een jaar na oplevering van het huis door B ontstaat lekkage aan het dak als gevolg waarvan de inboedel van A beschadigd raakt. Schade: 10 000 euro. A veronderstelt dat de lekkage is ontstaan doordat hij de goten niet tijdig heeft ontstopt. Als echter 35 jaar A een tweede verdieping op zijn huis wil laten bouwen en hij in dat kader het dak ontmantelt, blijkt destijds B het dak verkeerd afgedicht te hebben; de lekkage blijkt door die fout van B te zijn ontstaan, niet door het vermeende te late ontstoppen door A. Kan A zijn waterschade van 35 jaar geleden nog met succes van B vorderen? Weinigen zullen, zo verwacht ik althans, menen van wel. Waarom? Aanvankelijk is de schade geleden en gedragen door A. Toen, 35 jaar geleden, heeft het op zijn positie een nadelige invloed gehad. De hevigheid waarmee A dat nadeel ondervond zal echter in de loop der tijd zijn afgenomen, tot het op enig moment in het geheel geen rol van betekenis meer speelde. De schade na 35 jaar alsnog voor rekening van B te brengen zou een serieus belang van B schaden door bij hem een verse wond te slaan,

18 Niet slechts nederlandstaligen denken er zo over; zie het Frans, Duits, Engels en Latijn: “Le temps guérit tous les maux”; “Die Zeit heilt alle Wunden”; “Time cures all things”; “Tempus facit aerumnas leves”.

zonder dat daarmee een serieus te nemen belang van A wordt gediend; zijn wond is immers reeds door de tijd geheeld.

Omdat het schadevergoedingsrecht gaat over toegebracht nadeel, is daar wellicht de helende werking van de tijd het meest sprekend. Ik meen evenwel dat het ook buiten het schadevergoedingsrecht na decennia niet meer opportuun is de status quo te verstoren. Zo zou ik om vergelijkbare redenen als hierboven gegeven evenzeer geneigd zijn de vordering tot herstel tegen de bouwende aannemer af te wijzen.¹⁹ Overigens verdient in dit verband opmerking dat de vraag naar verjaring na werkelijk substantieel tijdsverloop, en daarover hebben wij het hier, bijna nooit andere dan schadevergoedingsvorderingen tot onderwerp heeft.

Waar het verwijt aan de crediteur dat hij niet tijdig tot actie is gekomen in de doctrine een breed gedragen rechtvaardigingsgrond voor verjaring is, treft men de hiervoor bedoelde notie eigenlijk nauwelijks aan. Iets van de gedachte meen ik terug te zien in de conclusie van A-G Minkenhof voor HR 27 november 1964:²⁰

“Wanneer een schuldeiser na meer dan dertig jaar te hebben stilgezeten – ook al lag dat niet aan hem – nog betaling ontvangt, dan is dat maatschappelijk gezien en naar het algemeen rechtsgevoel, niet anders dan een onverwachte meevaller en om die enkele schuldeisers die dit eens te beurt mocht vallen, in het bezit daarvan te stellen, mag de rechtszekerheid niet worden opgeofferd”.²¹

Misschien is met het volgende bedoeld iets vergelijkbaars te zeggen:

“Die Aufgabe einer Abwägung der Interessen beider Seiten stellt sich allerdings nur teilweise. Die Verjährung von Ansprüchen als solche ist notwendig, unentbehrlich, ein natürliches Postulat (...). Ansprüche sind ihrem wesen nach zeitgebunden, verändern ihren Charakter mit deren Ablauf. Es kann schon zur Unmöglichkeit der Erfüllung kommen oder zur Funktionslosigkeit der Erfüllung. Der Anspruch aus dem Jahre 1971 ist 2001 nicht mehr derselbe. Irgendwann muß einmal Schluß sein.”²²

De verjaring, niet als resultaat van een afweging van belangen, maar als natuurlijk noodzakelijk; eens moet het “Schluß sein”. Het argument voor die stelling is dat vorderingen naar hun aard tijdgebonden zijn. Of dat in zijn algemeenheid juist is, durf ik te betwijfelen. Dat bijvoorbeeld een schadevergoedingsvordering in 2001 niet meer is wat hij in 1971 was, lijkt mij gewoon niet waar. Men kan wellicht twijfelen over de mate waarin inflatiecorrectie moet worden toegepast, of over de verschuldigde rente, maar geld blijft geld. Dat het op enig moment onmogelijk of zinloos wordt een verbintenis na te komen *kan*, maar *hoeft* zeker niet zo te zijn. Denk in dit verband bovendien aan de mogelijkheid tot vervangende schadevergoeding. In het citaat lijkt

19 Nog daargelaten uiteraard zijn mogelijke contractuele verweren.

20 NJ 1965, 51.

21 Het gaat mij hier om de woorden “onverwachte meevaller”; de conclusie dat de rechtszekerheid moet prevaleren laat ik even daar.

22 Staudinger-Peters (2004) § 194 Rnr 8.

het woord “Funktionslosigkeit” een met name praktische betekenis te hebben: op enig moment gaat de feitelijke functie van het nakomen van de verbintenis verloren. Ik zou geneigd zijn Funktionslosigkeit meer in normatieve zin te gebruiken: toewijzing van een geldvordering uit 1971 in 2001 heeft voor de crediteur nog wel degelijk een praktische functie, maar die toewijzing vervult niet meer de functie die wij aan het recht toekennen. Bij nader inzien stemt dus ook het Duitse citaat niet helemaal overeen met wat ik hiervoor bedoelde.

Misschien kan ik mijn opvatting nader aannemelijk maken door verwijzing naar verjaring in het strafrecht. Van Dost beschrijft in zijn proefschrift²³ nauwkeurig hoe door verloop van tijd de strafbehoefte van de samenleving vermindert. Van Dost geeft een schema²⁴ waarin onder andere de gevoeligheid voor tijdsverloop van de verschillende strafmotieven is weergegeven. Vele strafmotieven, denk bijvoorbeeld aan de relatieve vergelding, aan generale preventie en speciale preventie, blijken zeer gevoelig voor tijdsverloop. Deze constatering spreekt voor de verjaring, omdat die gevoeligheid voor tijdsverloop impliceert dat met de straf het beoogde doel niet meer kan worden bereikt.²⁵ Een vergelijkbare redenering kan men naar mijn mening voeren ten aanzien van het doel dat met civielrechtelijke vorderingsrechten wordt beoogd.

Dat in de civielrechtelijke doctrine de afnemende noodzaak tot herstel als verjaringsmotief eigenlijk nauwelijks wordt erkend, heeft mij verbaasd omdat hij mij op zichzelf – maar wellicht blijkt hij uitgesproken tegenstanders te hebben – toch tamelijk vanzelfsprekend lijkt. Ik denk dat de verklaring ligt in de twee volgende oorzaken.

In de eerste plaats: die afnemende noodzaak tot herstel is als gezegd de diskwalificatie van het belang van de crediteur bij de eindeloos voortdurende geldigheid van zijn vordering. Maar in verreweg de meeste gevallen is die diskwalificatie overbodig, omdat zijn belang al is gediskwalificeerd doordat hij verwijtbaar heeft stilgezeten. Zo is bijvoorbeeld, zoals wij zagen, de gehele rechtvaardiging van verjaring door Spiro op dat veronderstelde verwijtbare stilzitten gebaseerd; daarmee is de verminderde noodzaak tot herstel in Spiro’s betoog overbodig (met dus wel als implicatie dat hij geen rechtvaardiging geeft voor verjaring buiten verwijtbaar stilzitten). Ten tweede: in de praktijk is het bij zeer lang tijdsverloop zo dat in veel van de gevallen waarin de crediteur niet het verwijt van stilzitten treft, de tijd helemaal geen helende werking heeft kunnen hebben doordat de schade zich pas manifesteert na een groot aantal jaren. De asbestzaken zijn daarvan het voorbeeld bij uitstek: de stelling dat de asbestslachtoffers geen wezenlijk belang hebben bij voortdurende geldigheid van hun vordering wegens de helende macht van de tijd, is daar, zo is wel duidelijk, niet geldig.

Zo wordt dus in twee opzichten het belang van de afnemende noodzaak tot herstel als rechtvaardiging van verjaring in praktische zin beperkt: als de crediteur het verwijt treft dat hij verwijtbaar heeft stilgezeten is er al een rechtvaardigingsgrond voor

23 Van Dorst, diss., p. 56 e.v.

24 Van Dorst, diss., p. 83.

25 Uiteraard geef ik de bevindingen van Van Dorst veel te kort weer; zo ga ik geheel voorbij aan het onderscheid tussen vervolgings- en executieverjaring.

verjaring, en als dat stilzitten niet verwijtbaar is vanwege de late manifestatie van de schade, dan biedt hij die rechtvaardiging niet.

Desondanks is, meen ik, de afnemende noodzaak tot herstel van principiële betekenis voor het verjaringsrecht. Zij logenstrakt namelijk de algemene stelling (van onder andere Brunner en Hartkamp; zie hiervoor) dat een recht niet zou moeten kunnen verjaren voordat men het geldend heeft kunnen maken. Om alvast op één punt de relevantie te illustreren: ook bij personenschade kan, als die personenschade geen sluipende schade is, de afnemende noodzaak tot herstel aan het belang van de crediteur bij nakoming zodanig afbreuk doen dat hij zijn recht moet verliezen. Wie dertig jaar geleden als gevolg van een onjuiste medische ingreep een week langer in het ziekenhuis heeft moeten blijven en daardoor schade heeft geleden, moet nu die schade niet meer kunnen vorderen. Daarom had de wetgever naar mijn mening niet alle personenschade aan de werking van de absolute termijn moeten onttrekken.²⁶

Als de helende werking van de tijd de noodzaak tot herstel geheel heeft weggenomen, is het belang van de crediteur bij een eeuwige bevoegdheid tot nakoming, gediskwalificeerd. Het lot van de vordering is dan, wat mij betreft, zonder nadere discussie beschoren: de vraag of verjaring van de vordering gerechtvaardigd is, hoewel van de benadeelde nooit verwacht mocht worden dat hij haar instelde, moet positief beantwoord worden.

Nu werd hiervoor al opgemerkt dat bij bijvoorbeeld sluipende schade de tijd helemaal geen helende werking gehad heeft kunnen hebben. Daar snijdt het argument dus geen hout. Maar, zo werd zachtjes gesuggereerd, buiten sluipende schade is het steeds doorslaggevend. Die voorstelling van zaken verdient nuancering, in die zin dat zich tussen de uitersten van maximaal effect enerzijds en gehele afwezigheid van de helende werking van de tijd anderzijds een categorie bevindt van gevallen waarin de tijd gedurende een lange periode weliswaar enige, maar toch geen totaal helende werking heeft gehad.

Een voorbeeld daarvan biedt het – onder oud recht gewezen – Bloedtransfusie-arrest:²⁷ een vrouw ondergaat in 1956 een bloedtransfusie waarbij zij bloed met een verkeerde rhesusfactor krijgt toegediend. Dit ontnemt haar het vermogen kinderen te krijgen. Dat blijkt als zij voor de eerste keer in 1959 en voor de tweede keer in 1960 een doodgeboren kind krijgt. Pas in 1988, zo luidt althans de stelling van de vrouw, raakt zij in staat een vordering in te stellen tegen het ziekenhuis, omdat zij pas dan te weten komt dat sprake was van een fout van het ziekenhuis. Kan men de vrouw haar vordering ontnemen onder aanvoering van de helende werking van de tijd?

De vrouw weet dus al vanaf 1960 dat zij geen kinderen kan krijgen; de pijn die dat besef met zich meebrengt zal in de loop der tijd tot op zekere hoogte zijn gesleten, maar zij ondervindt de gevolgen van haar kinderloosheid nog dagelijks. Te zeggen is dat pas bij haar overlijden, dus bijvoorbeeld vijftig jaar nadat zij ervan op de hoogte raakte dat zij geen kinderen zou kunnen krijgen, helemaal geen schade meer wordt

²⁶ Zie nader § 13.2.3.

²⁷ HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380.

ervaren. Dit voorbeeld leert dat de snelheid waarmee de tijd een vordering haar noodzaak ontnemt, van geval tot geval kan variëren.

Al met al zijn dus drie categorieën te onderscheiden: situaties waarin de helende macht van de tijd zich ten volle voordoet (het dak dat 35 jaar geleden verkeerd werd afgedicht), situaties waarin de tijd in het geheel geen helende werking heeft gehad (de asbestzaken) en situaties waarin de tijd gradueel helende werking heeft gehad (het Bloedtransfusiearrest).

Is deze constatering te vatten in een regel? Wij zouden, enigszins op de zaken vooruit lopend, een periode kunnen kiezen na ommekomst waarvan de noodzaak tot herstel in de meeste gevallen verdwenen is. Laten wij zeggen twintig jaar. De regel is dat na verloop van die periode de vordering is verjaard. Op die regel kan een uitzondering worden gemaakt in die gevallen waarin de tijd (i) geen of (ii) onvolledige helende werking heeft gehad; in die gevallen zullen nadere feiten en omstandigheden moeten bijdragen tot het oordeel dat de vordering verjaard is.

Met het voorgaande is een belangrijk deel van het dilemma ‘de crediteur moet de mogelijkheid hebben gehad zijn vordering in te stellen’ versus ‘ooit moet er een eind aan komen’ opgelost: in die gevallen waarin de tijd helende werking heeft gehad, is de verjaring van de vordering gerechtvaardigd, ook al heeft de crediteur nooit de mogelijkheid gehad die vordering in te stellen. Wat rest, is de vraag naar de rechtvaardiging van verjaring in die gevallen waarin de tijd geen of onvolledig helende werking heeft gehad. In de praktijk zal die categorie bestaan uit gevallen van voortdurende of toekomstige schade.

Blijft het daarbij? Kan men dan ten minste volhouden dat verjaring niet gerechtvaardigd is als (i) van de crediteur redelijkerwijze niet verwacht mocht worden dat hij zijn vordering instelde en die vordering bovendien (ii) onverkort ‘actueel’ is? Toch niet. Althans, niet zonder de volgende belangrijke kanttekening.

9.3.3 ‘Het bewijsrechtelijke nulpunt’

9.3.3.1 ‘Het bewijsrechtelijke nulpunt’

In het voorgaande werd bepleit dat de stelling dat een recht niet moet kunnen verjaren alvorens van de crediteur redelijkerwijze verwacht mocht worden dat hij het uitoefende, in ieder geval niet in alle gevallen geldt: vaak is het belang van de crediteur bij nakoming door tijdsverloop teniet gegaan. Er is nog een andere wezenlijke beperking. Dat is de volgende.

De regel “Een recht kan niet verjaren voordat van de crediteur redelijkerwijze verwacht kon worden dat hij het uitoefende” *veronderstelt* dat er een recht bestaat. En in die veronderstelling schuilt het probleem. Want *dat* er een vordering *is*, is na ommekomst van twee of meer decennia in de meerderheid van de gevallen niet langer met een acceptabele mate van zekerheid vast te stellen.

Immers, hoe zou het over het algemeen met de kwaliteit van de bewijsmiddelen gesteld zijn, twintig of meer jaar na de litigieuze gebeurtenis? Hiervoor werd al uiteengezet dat de debiteur belang heeft bij verjaring, omdat door tijdsverloop bewijs-

middelen aan kwaliteit verliezen. Dat belang van de debiteur is er al snel, namelijk zodra door tijdsverloop zijn bewijscapaciteit niet langer 100% bedraagt. Het procederen is dan voor hem veel lastiger. Maar er komt een moment waarop het een understatement is te zeggen dat het procederen voor hem lastiger wordt, een moment waarop de debiteur werkelijk geen enkele mogelijkheid meer heeft om wat voor bewijsmiddel dan ook tegen de vordering aan te voeren, een moment waarop, met andere woorden, het “bewijsrechtelijke nulpunt” intreedt.

Ter illustratie diene de volgende eerder genoemde Engelse zaak. Een patiënte meent dat de twee artsen door wie zij is geopereerd een medische fout hebben gemaakt. Zij spreekt de artsen aan tot schadevergoeding 28 jaar na de operatie. Op dat moment zijn alle medische gegevens vernietigd, is een van de artsen overleden en is de andere boven de tachtig en niet meer helemaal *compos mentis*. Daar is het stadium bereikt waarin de waarheidsvinding eenvoudig niet meer mogelijk is. Dat bewijsrechtelijke nulpunt is niet ineens ingetreden, maar vormt het eindstation van een min of meer geleidelijk proces: een dag na de operatie zal wat zich heeft afgespeeld de artsen nog levendig voor de geest hebben gestaan. Drie maanden na de operatie zullen zij zich waarschijnlijk de details van de operatie nauwelijks nog hebben kunnen herinneren, maar konden de aantekeningen van de ingreep nog helpen een volledig beeld te schetsen. Vijf jaar na de operatie was iedere herinnering aan de operatie verdwenen, en waren er nog slechts de geïsoleerd te beschouwen medische gegevens. Tien jaar later volgde vernietiging van die gegevens en het overlijden van een van de artsen. De annotator schrijft:

“yet another medical negligence case brought years after the alleged breach of duty – 28 years in this case – underlines the injustice that can be done to defendants who have to rely on their memory of clinical facts long after they have retired from practice and have presumably put behind them their professional expertise and judgment.”²⁸

De verzuchting in de noot over het onrecht dat gedaagden wordt aangedaan lijkt mij niet overdreven; inderdaad is de situatie van de aangesproken artsen nogal kafkaësk. Ik zou haast ter illustratie de lezer willen uitnodigen een gebeurtenis die meer dan twintig jaar geleden plaatsvond in gedachten te nemen, om hem vervolgens de vraag te stellen hoe effectief hij zich nog zou kunnen verweren tegen een aantijging betreffende die gebeurtenis (door middel van herinneringen, getuigen, schriftelijk materiaal; wat u maar wilt). Slechts zelden zal het mogelijk zijn enig tegenspel te bieden.

Nu zullen we *enig* tijdsverloop, en daarmee *enig* schadelijke effect op het proces van waarheidsvinding moeten accepteren; het ware ideaal als de rechter de dag na de litigieuze handeling alle betrokkenen en getuigen hoorde en hij alle relevante stukken liet veiligstellen, maar dat is uit praktisch oogpunt niet mogelijk. Zeker tijdsverloop is dus onvermijdelijk. Maar de voorgaande casus illustreert dat er een moment komt waarop iedere zinvolle discussie is uitgesloten. De logica dicteert dat dan die discussie ook niet meer plaatsvindt. Moet de regel zijn dat zolang de debiteur

28 [1994] 5 Med LR 111, 119.

nog belang heeft bij zijn vordering, hij zijn recht niet kan verliezen alvorens hij het heeft kunnen uitoefenen? Ja, *als* hij dat recht heeft. Maar of hij dat heeft, weten wij niet meer.

Het voorgaande is vrij voor de hand liggend, is in het buitenland erkend, is eigenlijk nooit gemotiveerd betwist, en toch bestaat er in redeneringen waarin de absolute termijn wordt verworpen geen aandacht voor. Ook neemt de wetgever het niet in overweging bij zijn beslissing de absolute termijn in gevallen van personenschade te schrappen.

Mijn indruk is dat die miskenning te maken heeft met het kader waarin de Nederlandse discussie over de absolute termijn steeds is gevoerd. Dat kader is de asbestproblematiek. Het probleem is dat die asbestzaken een weinig gelukkig vertrekpunt vormen voor gedachtevorming over verjaring in het algemeen, omdat zij zo atypisch zijn. Die bijzonderheid schuilt in het uitzonderlijke vermogen van het hier relevante bewijs weerstand te bieden aan de tand des tijds.

Ter motivering van die stelling: (i) De schadeveroorzakende gebeurtenis beslaat een zekere periode; het gaat niet om één kortdurend evenement. Wat zich gedurende langere tijd afspeelt, heeft een grotere kans zich aan de *obfuscating power of time* te onttrekken dan wat maar kort duurt. Herinneringen blijven beter in stand, de kans dat getuigen zich nog iets herinneren is groter, waarschijnlijker is dat er nog schriftelijke stukken zijn, enzovoorts. (ii) Voor beoordeling van de vordering kan volstaan worden met een betrekkelijk ruwe schets van de schadeveroorzakende gebeurtenis. In essentie hoeft niet méér vastgesteld te worden dan dat de benadeelde gedurende een bepaalde tijd bij een bepaald bedrijf een bepaalde functie heeft vervuld. Die geringe mate van precisie stelt veel minder hoge eisen aan het proces van waarheidsvinding dan wanneer, bijvoorbeeld, duidelijk moet worden of de tegenligger al dan niet door rood reed. Ten slotte het belangrijkste punt: (iii) Het vaststellen van het causaal verband is zeldzaam onproblematisch: mesothelioom kan uitsluitend door asbestblootstelling worden veroorzaakt. Die monocausaliteit is uiteraard eerder uitzondering dan regel: over het algemeen zullen zich in een periode van twintig of dertig jaar nog tal van gebeurtenissen hebben voorgedaan die twijfel zaaien omtrent de vraag of de litigieuze gebeurtenis de boosdoener is.

Wij hoeven ons slechts de Engelse casus van zo-even voor de geest te halen om te beseffen dat het met de persistentie van de feiten heel anders gesteld kan zijn dan in de asbestzaken. Voor beoordeling van de vordering in die zaak zou vastgesteld moeten worden wat gedurende (i) het *korte moment* van de operatie (ii) *precies gebeurd* was, terwijl er geen herinneringen meer waren, er geen schriftelijke stukken meer waren en de enige overlevende arts wat medischprofessioneel beoordelingsvermogen betreft niet meer bij zinnen was. De vraag naar (iii) bewijs omtrent causaal verband kan dan al niet eens meer aan de orde komen, omdat het niet mogelijk is vast te stellen of er een grondslag voor aansprakelijkheid is; was die kwestie wel gerezen, dan zou ook daar nog een probleem hebben kunnen ontstaan. Kortom, de asbestzaken moeten ons niet doen vergeten dat in vele, en ik denk in de grote meerderheid van de gevallen, de achteruitgang van het bewijs door substantieel tijdsverloop

een onoverkomelijk probleem vormt voor het voeren van een verantwoord juridisch debat.

Men zou het voorgaande in de volgende regel kunnen vangen. We kiezen een periode na verloop waarvan over het algemeen de bewijsmiddelen zozeer door de tijd zijn aangetast dat het debat niet meer gevoerd kan worden. Laten wij zeggen twintig jaar. De regel is dat na ommekomst van die periode de vordering is verjaard. Op die regel wordt een uitzondering gemaakt in die gevallen waarin de bewijsmiddelen de tand des tijds zozeer hebben weerstaan dat waarheidsvinding toch nog mogelijk is. Het volgende verdient daarbij nog opmerking.

Hiervoor werd impliciet verondersteld dat zich twee gevallen kunnen voordoen: het geval waarin waarheidsvinding door tijdsverloop onvoldoende mogelijk is geworden, en het geval waarin dat niet zo is. De moeilijkheid met die voorstelling van zaken is ten eerste dat zo gemakkelijk als men de wens uitspreekt te onderscheiden naar mogelijkheid of onmogelijkheid van waarheidsvinding, zo moeilijk het kan zijn te beoordelen of nu sprake is van onmogelijkheid of niet. Hoewel die bedenking op zichzelf terecht is, is zij niet van doorslaggevend gewicht: welhaast ten aanzien van iedere regel doet zich de vraag naar zijn begrenzing voor.

9.3.3.2 Bewijs van de grondslag nog wel, maar bewijs van conditio sine qua non-verband niet meer mogelijk

Wat wel reeds hier nadere behandeling behoeft is een andere aanmerking op het eenvoudige onderscheid tussen mogelijkheid en de onmogelijkheid het debat nog te voeren. Die aanmerking is dat er nog een derde, tussen de uitersten mogelijk/onmogelijk gelegen categorie is, namelijk die waarin vast staat dat de aangesprokene jegens de eiser een onrechtmatige daad of wanprestatie heeft gepleegd, het te oordelen naar de wel bekende feiten ook heel goed mogelijk is dat conditio sine qua non-verband bestaat tussen de onrechtmatige handeling en de schade, maar het de crediteur door tijdsverloop niet meer mogelijk is dat verband nog werkelijk te 'bewijzen'.

Ik zou menen dat in die situatie de vordering niet verjaard moet worden geacht, en het processuele debat nog gevoerd moet worden. Dat lijkt op het eerste gezicht een merkwaardige stelling: als men oordeelt dat ten aanzien van conditio sine qua non-verband de discussie niet goed meer mogelijk is, hoe zou dan ooit nog tot toewijzing van de vordering geconcludeerd kunnen worden? Bewijs van causaal verband is immers een vereiste voor toewijzing.

Die laatste constatering is in beginsel juist; zij vloeit voort uit de hoofdregel van art. 150 Rv die voorschrijft dat de partij die zich op het rechtsgevolg van een feit beroept, dat feit moet bewijzen. Maar die hoofdregel wordt in art. 150 Rv. gevolgd door de mededeling dat de redelijkheid en billijkheid en andere verdeling met zich mee kunnen brengen. En als de grondslag inderdaad vaststaat, verschuift de bewijslast veelal inderdaad. Akkermans schrijft hierover:

“ (...) [W]anneer men de rechtspraak in zijn geheel overziet, verrijst daaruit het beeld dat de rechter eigenlijk bijna altijd wanneer het er werkelijk toe doet, de benadeelde tegemoet komt bij het bewijs van schade en conditio sine qua non-verband. Zodra vaststaat dat jegens de benadeelde een wanprestatie of onrechtmatige daad werd gepleegd, maar hij bewijsproble-

men ondervindt met betrekking tot schade of *conditio sine qua non*-verband welke “uit de aard der zaak” voortvloeien (en dus niet in bijzondere, voor zijn risico komende omstandigheden zijn gelegen), lijkt de rechter telkens bereid te zijn om hem op een of andere wijze in zijn bewijsnood tegemoet te komen. (...)

(...) De rechter presenteert zijn beslissingen daarover weliswaar doorgaans als gebaseerd op de omstandigheden van het geval, maar welbeschouwd is er een structurele achtergrond: de inherente onbewijsbaarheid van de vergelijkingshypothese. Gaat deze bewijslastverlichting zover dat het uitgangspunt van artikel 150 Rv op dit terrein de *facto* zijn status als hoofdregel heeft verloren? [Ik meen] dat dit inderdaad het geval is, en dat voor het gehele terrein van het bewijs van schade en causaliteit een bepaalde uitzondering op de hoofdregel van artikel 150 kan worden geformuleerd.”²⁹

Uit de observatie dat de rechter de benadeelde bewijsrechtelijk tegemoet komt zodra de aansprakelijkheidsgrond vaststaat, vloeit het punt voort dat ik wil maken: als wij in het algemeen vinden dat de notoir problematische bewijsbaarheid van *conditio sine qua non*-verband niet *a priori* voor rekening van de benadeelde moet komen, dan is er geen reden om, nadat die moeilijkheid door tijdsverloop nog verder is toegenomen, ineens anders te concluderen. Dat laatste is echter wel waar de verjaring van de vordering wegens teloorgang van bewijsmiddelen op neer zou komen.

Eerder in deze paragraaf suggereerde ik als regel te aanvaarden dat na twintig jaar de vordering verjaard is, tenzij de bewijsmiddelen de tand des tijds zozeer hebben weerstaan dat waarheidsvinding toch nog mogelijk is. Naar aanleiding van de voorgaande alinea's zou daar aan moeten worden toegevoegd dat aan het oordeel dat waarheidsvinding nog mogelijk is, niet in de weg staat dat de middelen ten bewijze van *conditio sine qua non*-verband tussen onrechtmatigheid en schade teloor zijn gegaan.

Maar dan? Als de vordering niet verjaard is, maar het *conditio sine qua non*-verband niet meer kan worden vastgesteld, hoe moet de rechter de vordering dan beoordelen?

Ten eerste: Cruciaal bij beantwoording van die vraag is het besef dat (hoge mate van) onzekerheid over *conditio sine qua non*-verband in de praktijk zeer veel voorkomend is. Indien de rechter daartoe aanleiding ziet, en dat doet hij zoals blijkt uit het bovenstaande citaat in heel veel gevallen waarin de aansprakelijkheid vaststaat, dan kan hij door middel van concepten als de verzwaarde stelplicht, voorshandse aannemelijkheid, bewijslastverlichting en zelfs omkering van de bewijslast de eiser tegemoet komen. Dat hij die instrumenten buiten substantieel tijdsverloop nodig heeft, vloeide voort uit de intrinsiek problematische bewijsbaarheid van het causaal verband. Als die op zichzelf problematische bewijsbaarheid nog verder wordt bemoeilijkt door

29 Akkermans (2002), p. 115. Overigens zou ik geneigd zijn om aan de inherente onbewijsbaarheid van de vergelijkingshypothese als motief om claimanten in het bewijs van causaal verband tegemoet te komen, nog toe te voegen het normatieve argument dat wanneer iemand jegens een ander ‘fout heeft gehandeld’, en die fout de schade kan hebben veroorzaakt, de gedaagde dus alles heeft gedaan om de schade te veroorzaken, het eenvoudig onrechtvaardig is het risico dat het verband tussen de fout en de schade niet bewezen kan worden, voor rekening van de claimant te brengen. Zie hierover nader, met rechtsvergelijkende beschouwingen, Akkermans, diss., p. 58.

substantieel tijdsverloop, kan dat reden te meer vormen om die middelen aan te wenden.

Ten tweede: bepleitbaar is dat het tijdsverloop op zichzelf reden vormt om aan bewijs minder hoge eisen te stellen dan gebruikelijk is. De rechter moet een “redelijke mate van zekerheid” hebben. Dat is een rekbaar begrip. Men ziet dat het in de rechtspraak onder verschillende omstandigheden een verschillende invulling krijgt. Zo wordt, om bij ons onderwerp te blijven, uit de rechtspraak duidelijk dat aan het vereiste van een “redelijke mate van zekerheid” ten aanzien van causaal verband veel eerder is voldaan dan ten aanzien van feiten die de grondslag van de aansprakelijkheid moeten vormen.³⁰ Ik zou ervoor pleiten om die “redelijke mate van zekerheid” ook eerder aan te nemen als het bereiken van de “gewoonlijk” vereiste mate van zekerheid door tijdsverloop onmogelijk is geworden. Die opvatting lijkt ook steun te vinden in rechtspraak van de Hoge Raad. Oordelend over de grondslag van aansprakelijkheid van de werkgever overweegt hij:

“Ingevolge art. 7:658 lid 2 BW rust op [de werkgever] de bewijslast en daarmee het bewijsrisico ter zake van de juistheid van haar verweer. Met het oog op de omstandigheid dat het hier gaat om een situatie van thans veertig jaar geleden, mogen aan het bewijs geen hoge eisen worden gesteld.”³¹

Wat moet dus de rechter met de niet-verjaarde vordering waarin de tijd het bewijs omtrent *conitio sine qua non*-verband danig heeft bemoeilijkt? Akkermans stelt dat de hoofdregel van art. 150 RV de rechtswerkelijkheid op het punt van bewijs van causaal verband niet goed weergeeft, en suggereert de volgende alternatieve regel:

“De vraag of door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een bepaalde schade is veroorzaakt, moet worden beantwoord door vergelijking van de feitelijke situatie na deze gedraging met de hypothetische situatie bij wegdenken van die gedraging. Met betrekking tot de feitelijke situatie rust het bewijs in beginsel op degene die stelt door die gedraging schade te hebben geleden; met betrekking tot de hypothetische situatie rust het bewijs op degene die zich beroept op een afwijking van de normale gang van zaken. Aan dit laatste bewijs worden geen strenge eisen gesteld.”³²

Ik onderschrijf die regel³³ en meen dat hij ook bruikbaar is in gevallen waarin de vordering is gebaseerd op een zeer oud feitencomplex, met dien verstande dat wegens het bijkomende aspect van teloorgang van bewijs wegens tijdsverloop aan het bewijs nog minder strenge eisen kunnen worden gesteld dan toch al het geval is bij *conitio sine qua non*-verband.

30 Giessen, diss., p. 116 en voetnoot 33 en Akkermans (2002), p. 115, noot 419.

31 HR 17 februari 2006, RvdW 2006, 204, r.o. 4.8.

32 Akkermans (2002), p. 121.

33 Voor een gemotiveerde bijval is dit boek niet de plaats. Overigens zou van die motivering onderdeel uitmaken de opmerking dat ‘de normale gang van zaken’ een nogal problematisch criterium is, maar zich geen beter laat verzinnen.

9.3.4 Verjaring van een actuele en vaststelbare vordering is niet te rechtvaardigen

Wij begonnen met het volgende probleem: enerzijds lijkt aannemelijk dat een recht niet moet kunnen verjaren voordat de crediteur de mogelijkheid heeft gehad het geldend te maken, maar anderzijds lijkt even aannemelijk dat het met de afdwingbaarheid van een recht “toch ooit afgelopen moet zijn”. Ik schreef dat het noodzakelijk is die twee intuïties nader te concretiseren en te rationaliseren.

Kort gezegd bleek de gedachte dat een recht niet moet kunnen verjaren voordat de crediteur de mogelijkheid heeft gehad het geldend te maken, vatbaar voor een belangrijke relativering: de helende werking van de tijd kan het belang van de crediteur bij voortdurende geldigheid van zijn recht teniet doen. Een andere constatering was dat de stelling dat “een recht niet moet kunnen verjaren voordat de crediteur het geldend kon maken” eigenlijk nogal beperkt is, in die zin dat zij tot uitgangspunt neemt *dat* er een vordering *is*, zodat zij logischerwijze ook alleen in die gevallen geldig kan zijn.

Moet een recht geldend blijven zolang de crediteur het niet heeft kunnen uitoefenen? Dat is dus alleen zo als (i) het belang van de crediteur bij nakoming niet door tijdsverloop is tenietgegaan en (ii) nog met aanvaardbare mate van zekerheid kan worden vastgesteld *dat* er een recht *is*. Het is belangrijk te constateren dat daarmee het probleem van de rechtvaardiging van verjaring voor grote getallen vorderingen is opgelost: de overgrote meerderheid van de vorderingen zal na, laten wij opnieuw zeggen, twee decennia niet meer aan (een van) deze voorwaarden voldoen.

Maar helemaal klaar zijn wij nog niet: er zullen vorderingen zijn die ook na verloop van decennia nog actueel en verifieerbaar zijn, die dus nog aan beide voorwaarden voldoen. Geldt voor die vorderingen wel dat zij niet moeten kunnen verjaren voordat zij konden worden geldend gemaakt, of is het ook dan zo dat er “ooit een einde aan moet komen”?

Ik kan niet inzien hoe de verjaring van deze vorderingen nog te rechtvaardigen is. Paradigmatisch voor deze categorie zijn de asbestzaken: de ziekte treedt pas na decennia aan de dag, de benadeelde kon zijn vordering niet eerder instellen en tijdsverloop heeft aan zijn belang bij die vordering nog niets afgedaan. Wegens, met name, de monocausaliteit tussen asbestblootstelling en mesothelioom is het bestaan van die vordering ook nog vast te stellen. Wat zou hier het argument moeten zijn om die vordering toch verjaard te achten? Waarom zou *louder tijdsverloop* de afdwingbaarheid van de vordering teniet doen?

Het tijdsverloop heeft aan het belang van de debiteur bij nakoming niets afgedaan: zijn belang bij nakoming is even volwaardig als dat van de crediteur wiens vordering voortvloeit uit feiten die gisteren plaatsvonden. Dan zou het argument in het belang van de debiteur kunnen liggen: voor hem is door het tijdsverloop de nakoming bezwaarlijker, omdat hij bij het inrichten van zijn vermogenspositie geen rekening meer heeft gehouden met de verplichting tot nakoming. Op zichzelf is die constatering volkomen juist, maar is dat belang van de debiteur voldoende zwaarwegend om te kunnen prevaleren boven het belang van de benadeelde bij nakoming?

De positieve beantwoording van die vraag impliceert dat men de gevolgen van tijdsverloop voor rekening brengt van de benadeelde. Daar bestaat eigenlijk geen grond voor. Het tijdsverloop zelf is niet verwijtbaar aan een van de partijen. Verwijt kan dus geen 'toerekeningsgrond' zijn. Maar wel is het zo dat het hele probleem van tijdsverloop zich zonder de aansprakelijkheid vestigende gedraging niet zou hebben voorgedaan; het gedrag van de debiteur is *conditio sine qua non* voor het tijdsverloop, niet het gedrag van de schuldeiser. Gegeven dat feit is het onlogisch de gevolgen van dat tijdsverloop voor rekening van de crediteur te brengen.

In gevallen als de asbestzaken lijkt dus voor verjaring geen rechtvaardiging gevonden te kunnen worden. Zou de conclusie in zaken waar geen letselschade maar louter vermogensschade aan de orde is anders kunnen zijn? Ik zie dat niet in; ook waar het puur om geld gaat, ontbreekt een reden om de bezwarende werking van tijdsverloop op de schuldeiser af te wentelen.³⁴

9.4 Conclusie

In het voorgaande is onderzocht wanneer verjaring gerechtvaardigd is. Wij zagen dat die rechtvaardiging eigenlijk helemaal niet problematisch is in gevallen waarin van de crediteur redelijkerwijze verwacht mocht worden dat hij zijn vordering instelde: het belang van de debiteur bij verjaring weegt dan duidelijk zwaarder dan het belang van de crediteur bij eeuwige geldigheid van zijn recht.

Gecompliceerder bleek de vraag naar rechtvaardiging van verjaring in het geval waarin van de crediteur redelijkerwijze *niet* verwacht mocht worden dat hij zijn vordering instelde. Moet het dan toch ooit afgelopen zijn? Het antwoord luidt: verjaring is gerechtvaardigd als het belang bij nakoming door de helende werking van de tijd is tenietgegaan en ook als het bestaan van de vordering niet meer met aanvaardbare mate van zekerheid kan worden vastgesteld. Als echter de vordering onverkort actueel is en zij nog wél kan worden vastgesteld, is verjaring niet te rechtvaardigen.

Men zou het voorgaande in de volgende regel kunnen vatten: een vordering verjaart, vijf jaar nadat van de crediteur redelijkerwijze verwacht mocht worden dat hij haar instelde. Een vordering verjaart in ieder geval twintig jaar nadat de feiten waarop zij is gebaseerd zich hebben voorgedaan, tenzij zij na ommekomst van die termijn nog actueel en verifieerbaar is. Ik zal deze 'hoofdregel' hierna zowel bij de beoordeling als de interpretatie van het nieuwe recht tot uitgangspunt nemen – onder nadere motivering ter plaatse overigens.

34 Zie nader § 13.2.3.

DEEL 2

Evaluatie van het nieuwe verjaringsrecht

Aan het begin van dit boek zijn vier ontwikkelingen onderscheiden die de indruk wekken dat het nieuwe verjaringsrecht niet erg stevig op de benen staat: (i) de hoofdregel van het zeer belangrijke art. 3:310 lid 1 BW bleek bij herhaling correctie te behoeven, (ii) ontwikkelingen in de rechtspraak hebben het geldend recht doen afdrijven van de tekst van de wet, (iii) de praktijk lijkt met het onderwerp te worstelen, (iv) in de literatuur wordt het nieuwe verjaringsrecht vrij breed bekritiseerd. Deze ontwikkelingen geven aanleiding tot de vraag hoe het nieuwe verjaringsrecht moet worden beoordeeld. In dit deel zal ik trachten die vraag te beantwoorden.

Dat gebeurt in zeven hoofdstukken. De eerste twee hoofdstukken hebben de twee conceptuele pijlers van het nieuwe verjaringsrecht tot onderwerp: de subjectieve en de objectieve termijn. De hoofdstukken drie en vier gaan over de structuur van het verjaringsrecht: in hoofdstuk drie wordt gezien hoe (on)gelukkig het is dat wij een hoofdregel hebben die de facto de uitzondering is en in hoofdstuk vier wordt ingegaan op wat de 'verbrokkeling' van ons verjaringsrecht genoemd kan worden. De hoofdstukken vijf en zes bewegen zich op het niveau van concrete verjaringsbepalingen: hoofdstuk vijf betreft de lengte van de verjaringstermijnen en hoofdstuk zes de formulering van het aanvangsmoment van de subjectieve termijnen. Hoofdstuk zeven ten slotte gaat over de stuitingsregeling.

11 | De subjectieve verjaringstermijn

11.1 Inleiding

11.1.1 *Het stelsel van een subjectieve en een objectieve termijn*

Art. 3:306 BW geeft als hoofdregel dat “een rechtsvordering door verloop van twintig jaren” verjaart. Dat doet vermoeden dat wij, net als onder het oude BW, met één termijn te maken hebben. Zo is het echter niet. De geciteerde frase wordt voorafgegaan door de woorden “Indien de wet niet anders bepaalt”. De wet bepaalt in het merendeel der gevallen wél anders: in de art. 3:307 tot en met 3:311 BW is ten aanzien van veruit de meeste typen rechtsvorderingen een afwijkend regime neergelegd.

Die art. 3:307 tot en met 3:311 BW hebben een getrapte structuur: ten eerste er is een termijn van vijf jaar die aanvangt, grof gezegd, op het moment dat de crediteur de voor het instellen van een vordering benodigde kennis heeft.¹ Omdat aldus de aanvang van de termijn afhankelijk is van de crediteur betreffende omstandigheden, spreekt men veelal van de subjectieve termijn. Nu is het mogelijk dat de crediteur de vereiste kennis nooit, of pas na onafzienbare tijd verkrijgt. Als de vijfjaarstermijn de enige verjaringstermijn zou zijn, zou dat in die gevallen betekenen dat de verjaring nooit of pas na onafzienbare termijn aanvangt. De wetgever heeft dat niet gewild,² en heeft daarom voorzien in een tweede termijn, de twintigjaarstermijn. De aanvang van de twintigjaarstermijn wordt vastgesteld onafhankelijk van het vermogen van de crediteur zijn vordering in te stellen; zijn aanvang is afhankelijk van buiten de crediteur

1 Het aanvangsmoment van de korte termijn is: bij de vordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of een doen het moment waarop de vordering opeisbaar is geworden (art. 3:307 BW); bij de vordering uit onverschuldigde betaling het moment van bekendheid met het bestaan van de vordering alsmede met de persoon van de ontvanger (art. 3:309 BW); bij de vordering tot schadevergoeding en de contractuele boete het moment van bekendheid met de schade of de opeisbaarheid van de boete en met de daarvoor aansprakelijke persoon (art. 3:310 BW); bij een internationale rechtsvordering met betrekking tot cultuurgoederen, alsook bij opeising van een roerende zaak als bedoeld in de Wet tot behoud van cultuurbezit het moment van bekendheid van de plaats van de zaak en de identiteit van de bezitter (art. 3:310a en b BW) en bij een vordering tot ontbinding, herstel of ongedaanmaking op grond van wanprestatie het moment van bekendheid met de tekortkoming (art. 3:311 BW).

2 Met overigens als belangrijke uitzondering de vordering tot vergoeding van personenschade; dat type vordering kan wel ‘eeuwig’ blijven bestaan. Zie hierna, § 22.3.2.

gelegen factoren en wordt daarom ook wel de objectieve termijn genoemd.³ Bijvoorbeeld: art. 3:310 lid 1 BW stelt het aanvangsmoment van de vijfjaarstermijn afhankelijk van bekendheid met schade en aansprakelijke persoon; omdat die bekendheid eeuwig kan uitblijven is er ook nog de twintigjaarstermijn die aanvangt op het moment van de schadeveroorzakende gebeurtenis.

De vijfjaarstermijn laat zich gemakkelijk doorgronden: vijf jaar nadat de crediteur de voor het instellen van de vordering benodigde kennis heeft verkregen, valt de bijl. Onderkenning van de precieze betekenis van verjaring krachtens de absolute termijn daarentegen, vereist een nadere denkstap. Die stap voert tot het inzicht dat de absolute termijn per definitie een rechtsvordering doet verjaren, nog voordat de crediteur die vordering heeft *kunnen* instellen.⁴

Ter illustratie dient wederom art. 3:310: in geval van verjaring krachtens de absolute termijn is de benadeelde ofwel onbekend met zijn schade, ofwel onbekend met de aansprakelijke persoon, ofwel onbekend met beide; zou dat anders zijn, dan was de subjectieve verjaringstermijn gaan lopen. Die onbekendheid maakt het hem onmogelijk zijn vordering in te stellen: men kan nu eenmaal geen vordering instellen voordat men bekend is met én zijn schade én de aansprakelijke persoon.⁵

Twee termijnen dus, een subjectieve vijfjaars- en een objectieve twintigjaarstermijn. Deze beide termijnen zullen in het hiernavolgende worden onderzocht. Deze paragraaf gaat over de subjectieve termijn.

11.1.2 De subjectieve termijn is de belangrijkste vernieuwing ten opzichte van het oude recht

De introductie van subjectieve verjaringstermijn is de belangrijkste vernieuwing ten opzichte van het oude verjaringsrecht (dat kende slechts een termijn van dertig jaar), hij is met grote voorsprong de meest toegepaste verjaringstermijn, maar over zijn

3 De objectieve termijn begint te lopen: bij een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of een doen na onbepaalde tijd het moment waarop opeising op zijn vroegst mogelijk was (art. 3:307 lid 2); bij een vordering uit onverschuldigde betaling het moment waarop de vordering is ontstaan (art. 3:309 BW); bij een vordering tot vergoeding van schade of tot betaling van een bedongen boete de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (art. 3:310); bij een internationale rechtsvordering met betrekking tot cultuurgoederen het moment waarop de zaak buiten het grondgebied van de terugvorderende staat is gebracht (art. 3:310a); bij opeising van een roerende zaak als bedoeld in de Wet tot behoud van cultuurbezit het moment waarop een niet-rechthebbende bezitter van de zaak is geworden (3:310b) en bij een vordering tot ontbinding, herstel of ongedaanmaking op grond van wanprestatie het moment waarop de tekortkoming is ontstaan (3:311).

4 Zie hierover nader § 13.1.

5 De enige uitzondering doet zich voor als de relatieve termijn zou gaan lopen, korter dan vijf jaar voordat de lange termijn afloopt; in dat uitzonderlijke geval verjaart de vordering wél krachtens de lange termijn terwijl de benadeelde in staat was zijn vordering geldend te maken.

grondslagen is in Nederland nog weinig geschreven.⁶ Ik zal in dit proefschrift trachten tot nadere gedachtevorming te komen.

In feite is het belangrijkste deel van die gedachtevorming eerder in dit boek al geschied. De hele paragraaf over rechtvaardiging van verjaring in het geval van de crediteur redelijkerwijze verwacht mocht worden dat hij zijn vordering instelde,⁷ is in feite een pleidooi voor de subjectieve termijn. Alles wat in die paragraaf is gezegd, dient hier om maar te zeggen “als herhaald en ingelast te worden beschouwd”. Samenvattend:

Aannemende enerzijds dat de subjectieve termijn begint te lopen op het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht kan worden dat hij tot juridische actie komt,⁸ en wetende anderzijds dat de debiteur door het stilzitten van de crediteur wordt benadeeld doordat zijn bewijs- en rechtszekerheidspositie afkalven, is de rechtvaardiging van de subjectieve termijn al min of meer gegeven: niet valt in te zien waarom de crediteur nodeloos langer dan vijf jaar ten detrimente van de debiteur op zijn recht zou mogen blijven zitten. Zo bezien, is verjaring krachtens de subjectieve termijn een vorm van gestandaardiseerde rechtsverwerking.

Hieronder wil ik aan die tamelijk abstracte overwegingen een paar op wat concreter niveau gelegen gedachten over de subjectieve termijn toevoegen. In de eerste plaats zal ik laten zien dat ook in het Engelse en Duitse recht de subjectieve termijn de kern van het verjaringsrecht vormt. In de tweede plaats zal ik proberen aannemelijk te maken dat onder het oude recht met zijn enkelvoudige dertigjaarstermijn een korte subjectieve termijn echt gemist werd. Ten slotte zal ik, niettegenstaande de uiteindelijke conclusie dat de subjectieve termijn een aanwinst is voor ons verjaringsrecht, toch ook een bedenking formuleren die men bij de subjectieve termijn zou kunnen hebben.

11.2 Rechtsvergelijking; de subjectieve termijn in Duitsland en Engeland

11.2.1 Duitsland

Het Duitse verjaringsrecht kent de volgende bepalingen:

“§ 195 BGB

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.”

“§ 199 BGB

(1) Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem

6 In de parlementaire geschiedenis is te lezen: “Voor de belangrijke groepen van rechtsvorderingen van de artikelen [thans 3:307 – 3:311; JLS] geldt de (...) termijn van vijf jaren, die ten opzichte van het huidige recht een aanzienlijke bekorting betekent zonder nochtans voor de praktijk al te knellend te worden.” Parl. Gesch. Inv., p. 1409.

7 Zie § 9.2.

8 Ik meen dat inderdaad de subjectieve termijn pas behoort aan te vangen als van de crediteur redelijkerwijze juridische actie verlangd mag worden. Zie nader § 22.2.2.

1. der Anspruch entstanden ist und
2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.”

Aan deze *regelmäßige Verjährungsfrist* zijn alle vorderingen onderworpen die geen eigen, bijzonder verjaringsregime kennen. Dat is de overgrote meerderheid; de Duitse *regelmäßige Verjährungsfrist* is, anders dan de Nederlandse, inderdaad de over het algemeen toepasselijke termijn.

Wij zien dat § 199 BGB een subjectieve en een objectieve component heeft. Lid 1 sub 2 geeft een subjectief criterium: de kennis van de crediteur vormt daar de maatstaf. De Duitsers spreken hier van een *Überlegungsfrist* (‘overwegingstermijn’); hij beschermt de crediteur tegen de verjaring van hem onbekende aanspraken en hij beschermt de debiteur tegen *Entschlusslosigkeit* (dralen bij het nemen van een beslissing) van de crediteur.⁹ Lid 1 sub 1 geeft een objectief criterium: de termijn loopt pas vanaf het ontstaan van de vordering. Daarmee beoogt de Duitse wetgever te verzekeren dat de vordering niet verjaart voordat de crediteur haar kon geldend maken.¹⁰

Het lijkt niet te gewaagd § 199 BGB aanhef en de eerste twee leden sterke gelijkenis met onze subjectieve termijnen toe te dichten. De overeenkomst met het tweede lid, waarin een kennisafhankelijk criterium wordt gesteld, spreekt voor zich. Dat het eerste lid van § 199 BGB een objectief criterium bevat, rechtvaardigt niet de conclusie dat § 199 BGB wezenlijk van de Nederlandse subjectieve termijn zou verschillen. Het ontstaansmoment van de vordering is niet afhankelijk van de individuele crediteur betreffende omstandigheden. In die betekenis is het dus niet subjectief. Maar wel gaat het om het vermogen van de crediteur zijn vordering in te stellen; zou de termijn kunnen lopen voordat *der Anspruch entstanden is*, dan zou de crediteur zijn vordering kunnen verliezen nog voordat hij tot actie kon komen. Dat wil lid 1 voorkomen en dat streven strookt heel goed met onze subjectieve termijn.

Een bepaling als § 199 BGB is niet nieuw in het Duitse recht; hij is ontleend aan de oude, voor de praktijk zeer belangrijke – en overigens aan ons art. 3:310 BW identieke – bepaling over verjaring van de vordering tot schadevergoeding.¹¹ Die luidde:

“§ 852

Der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchen der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt (...).”

De overwegingen van de Duitse wetgever om de subjectieve termijn van bijzondere tot algemene regel te promoveren zijn voor ons herkenbaar:¹²

9 MüKo-Grothe (2003), § 199 Rnr. 2 en in vergelijkbare zin Staudinger-Peters (2004), § 199 Rnr. 1.

10 Staudinger-Peters (2004), § 199 Rnr. 3; MüKo-Grothe (2003), § 199 Rnr. 4.

11 Gesetzentwurf 2001, p. 108.

12 De nog volgende § 12.3 zal die herkenning naar ik hoop nog versterken.???

“Die Regelverjährung von dreißig Jahren erscheint als zu lang bemessen; der Eintritt der Verjährung dürfte früher angemessen sein, so daß hier mit dem Institut der Verwirkung ein in seinen Voraussetzungen unsicherer Ersatz herangezogen wird.”¹³

Ofwel: de dertigjaarstermijn is te lang, de rechtsverwerking is een onzekere vervanging, het ware daarom beter de verjaringstermijn te bekorten.

11.2.2 Engeland

Overeenkomstig zijn streven de *needless complexity*¹⁴ van het oude verjaringsrecht – een wirwar aan verschillende termijnen, aanvangsmomenten en rechterlijke *discretions to override* – te beëindigen, stelt de Law Commission de introductie van één algemeen toepasselijke verjaringsregel voor. Ten aanzien van de vraag op welk moment die algemene termijn zou gaan lopen, beveelt hij de *date of knowledge* (ook de *date of discoverability* genoemd) aan. Zijn Draft Bill¹⁵ luidt:

“1.–(1) It is a defence to a civil claim that the claim was not made before the end of the period of three years from the date of knowledge of the claimant.

(...)

2.–(1) Subject to the following provisions of this section and this Act, any reference in this Act to a person’s date of knowledge is a reference to the date on which he first had knowledge of

(a) the facts which give rise to the cause of action,

(b) the identity of the defendant, and

(c) where injury, loss or damage has occurred or a benefit has been obtained, the fact that the injury, loss, damage or benefit is significant.”

Het grote voordeel van de *date of knowledge*, aldus de Law Commission, is dat voorkomen wordt dat de verjaringstermijn tegen de crediteur loopt voordat hij de feiten die hij moet kennen om een vordering in te stellen kende of redelijkerwijze behoorde te kennen.¹⁶ Een andere belangrijke overweging voor de *date of knowledge* als aanvangsmoment is dat, “as the Council of Her Majesty’s Circuit Judges noted, it is the most likely option “to be regarded by most people (whether lawyers or not) as the fairest, simplest and most sensible (...)”.”¹⁷

13 Staudinger-Peters (2001), Rnr 45, Vorbem zu §§ 194 ff.

14 Law Commission (1998), p. 2.

15 Appendix A bij Law Commission (2001).

16 Law Commission (2001), p. 41.

17 Law Commission (2001), p. 41. Op een bepaling die door zowel juristen als niet-juristen als de eenvoudigste, de eerlijkste en de verstandigste wordt gezien kan uiteraard niemand iets tegen hebben. Een echt argument is deze overweging natuurlijk niet, het is meer een conclusie. In feite wordt hier denk ik tot uitdrukking gebracht dat een criterium gebaseerd op het vermogen een vordering in te stellen, het nauwst aansluit bij het rechtsgevoel.

Deze *date of knowledge* is net als het Duitse *Kenntnisvereiste* op conceptueel niveau gelijk aan het kennisvereiste van onze subjectieve verjaringstermijnen.

De *date of knowledge* als startpunt voor de verjaringstermijn is niet nieuw in het Engelse recht. Onder de Limitation Act is in de meeste gevallen de objectieve *accrual of the cause of action*¹⁸ doorslaggevend, maar in een aantal ook de *date of knowledge*.¹⁹ Te noemen zijn met name de *Action for personal injuries or death* (sections 11 en 12) en de *Action for Latent damage* (section 14A). De *date of knowledge* als criterium kwam dus voor, maar regel was hij niet. De *accrual of the cause of action* werd veel meer gebruikt, gekoppeld aan een termijn van drie, zes of, in een kleine minderheid, twaalf jaar. Die objectieve *accrual of the cause of action*, gepaard aan over het algemeen betrekkelijk korte termijnen, maakt de verjaring van vorderingen die de crediteur nog niet had kunnen geldend maken tot een probleem; de Law Commission noemt het regime van de Limitation Act om die reden *unfair*.²⁰

“While there has been a move towards protecting plaintiffs who have suffered ‘latent damage’ from losing their cause of action before they could reasonably have known of it, the latent damage provisions [die dus een kennisafhankelijk aanvangsmoment hebben – JLS] are confined, outside the sphere of nondeliberate personal injuries, to the tort of negligence and to claims under the Consumer Protection Act 1987.¹² They do not extend to other torts or to breach of contract.”

Indachtig deze bedenking beval de Law Commission in zijn *Consultation paper* de *date of knowledge* aan als algemeen startpunt, welke suggestie blijkens zijn *Report* werd onderschreven door meer dan 70% van de geconsulteerden.²¹ Het resultaat zijn de hiervoor geciteerde art. 1 en 2 van zijn Draft Bill.

11.2.3 De motieven van de Duitse en Engelse wetgever nader beschouwd

De overweging van de Law Commission om een subjectieve termijn in te voeren verschilt van die van de Duitse wetgever. Waar onder Duits recht het probleem was dat de dertigjaarstermijn de verjaring te laat deed intreden, is onder de Limitation Act met zijn objectieve *accrual of the cause of action* juist het probleem dat de vordering te snel kan verjaren.

Die uiteenlopende beweegredenen illustreren wat mij betreft heel mooi de tweeledige functie van de subjectieve termijn: enerzijds voorkomt de subjectieve termijn dat de crediteur straffeloos op zijn recht kan zitten (motief Duitse wetgever) en anderzijds voorkomt hij dat de vordering verjaart nog voordat de crediteur tot actie kon komen (motief Law Commission).

18 Te vertalen met “het ontstaan van de rechtsvordering”.

19 Een goed overzicht van de verschillende termijnen en hun aanvangsmomenten onder de Limitation Act biedt de tabel van Law Commission (1998), p. 23 e.v.

20 Law Commission (1998), p. 2.

21 Law Commission (2001), p. 41.

11.2.4 Conclusie

Zowel de inhoud als de daaraan ten grondslag liggende overwegingen van Duits en Engels recht bieden steun voor de Nederlandse subjectieve termijnen.

11.3 Eigen opvatting

11.3.1 Inleiding

Het zal gezien hetgeen ik in het eerste deel van dit boek heb geschreven en mijn positieve waardering van de rechtsvergelijkende oogst niet verbazen dat ik inderdaad voorstander ben van de subjectieve termijnen die met het nieuw BW in ons verjaringsrecht zijn geïntroduceerd. Ik zou aan het hiervoor besprokene nog twee overwegingen willen toevoegen: een argument vóór en een argument tegen – dat argument tegen zal onvoldoende zwaar blijken te zijn om van mening te veranderen.

11.3.2 Onder het oude recht werd een subjectieve termijn gemist

De noodzaak tot het “getrapte verjaringsstelsel” met daarin een subjectieve termijn laat zich goed verklaren door een blik op het oude recht. Onder het oude recht gold krachtens art. 2004 BW (oud) een algemene verjaringstermijn van dertig jaar. De termijn ving aan op het moment dat de bevoegdheid onmiddellijke nakoming te eisen was ontstaan.²² Dat systeem bestaande uit een enkele verjaringstermijn, stond het de benadeelde toe ongestraft nodeloos tot dertig jaar na de litigieuze gebeurtenis te wachten met het instellen van een vordering.

Een arrest van het Hof Arnhem,²³ gewezen onder het oude recht, kan dat illustreren. Een vrouw stelt een neuroloog in december 1992 aansprakelijk voor een kunstfout die hij in januari 1969 begaan zou hebben bij de behandeling van haar (inmiddels overleden) man. Het tijdsverloop tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en de aansprakelijkstelling is dus bijna 24 jaar. De mogelijkheid zijn vordering in te stellen bestond voor de patiënt al zeer kort na de operatie; zonder deugdelijke reden heeft hij (en daarna zijn rechtsopvolgster) daarmee bijna 24 jaar gewacht.

Het rechtsgevoel zegt dat wat de vrouw hier doet, niet moet kunnen. Nodeloos bijna 24 jaar wachten met het instellen van een vordering is ontoelaatbaar. Het brengt de beweerdelijke debiteur in tweërlei opzicht nadeel toe. In de eerste plaats is het hem na zoveel tijd onmogelijk nog verweer te voeren: bewijsstukken zijn teloorgegaan (medische gegevens hoefden slechts tien jaar bewaard te blijven) en getuigen zijn niet meer te vinden of zijn hun herinnering kwijt. In de tweede plaats heeft hij bij het inrichten van zijn vermogenspositie geen rekening meer gehouden met een vorde-

22 Overigens ongeacht of de schuldeiser op dat moment van het bestaan van de vordering op de hoogte was – zie bijvoorbeeld het Bloedtransfusiearrest, HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380.

23 Hof Arnhem 25 juni 2002 *LJN* AE4748 Zaaknr:01/075 (ongepubliceerd).

ring betreffende een operatie die bijna 24 jaar geleden plaatsvond; die vordering alsnog te moeten voldoen zou zijn rechtszekerheidsbelang aantasten.

Was onder het oude recht een redenering te bedenken op grond waarvan het talmen van de vrouw gesanctioneerd kon worden? Eigenlijk niet. Verjaring is het niet, want de verjaringstermijn bedroeg nu eenmaal dertig jaar. Als alternatief argument dient zich rechtsverwerking aan. Maar ook die weg lijkt niet begaanbaar, omdat in rechtspraak en literatuur onomstreden is dat enkel tijdsverloop voor rechtsverwerking onvoldoende is.²⁴ Op zichzelf is die regel goed te begrijpen. Vaste termijnen dienen ertoe duidelijkheid te verschaffen met betrekking tot de vraag tot welk moment precies een vordering kan worden ingesteld; dat verschaft beide partijen rechtszekerheid. Aannemen dat het ook vóór ommekomst van die termijn te laat kan zijn, neemt de duidelijkheid die de vaste termijn beoogt te verschaffen weg.

Maar de gedachte dat het tóch rechtsverwerking is, wil gevoelsmatig niet wijken: als gevolg van de verwijtbaar nalatige houding van de vrouw wordt de arts ernstig benadeeld. Het ligt zeer voor de hand die verwijtbare nalatigheid met een beroep op de redelijkheid en billijkheid voor haar rekening te brengen. Dat doet uiteindelijk ook het hof. Het geeft zich er eerst expliciet rekenschap van dat enkel tijdsverloop voor een beroep op rechtsverwerking onvoldoende is, maar overweegt vervolgens ten aanzien van de vraag of sprake is van rechtsverwerking:

“Bepalend is of bijzondere omstandigheden aanwezig zijn als gevolg waarvan hetzij bij de wederpartij het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat de gerechtigde zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de wederpartij in zijn positie onredelijk zou worden benadeeld indien de aanspraak alsnog geldend zou worden gemaakt. Een dergelijk nadeel kan erin bestaan dat voor de wederpartij een of meer mogelijkheden om bewijs of tegenbewijs te leveren verloren zijn gegaan.” En inderdaad:

“Naar het oordeel van het hof brengt de omstandigheid, dat [de arts] niet meer beschikt en ook niet meer behoefde te beschikken over een medisch dossier betreffende de door hem bij [de echtgenoot van appellante] uitgevoerde [medische handeling] en zodanig nadeel voor [de arts] in de verdediging tegen de aanspraak van [eiseres] met zich dat de redelijkheid en billijkheid zich ertegen verzetten dat [eiseres] haar aanspraak tegen [de arts] alsnog geldend maakt.”

Aldus oordeelt het Hof dat de vrouw haar recht tot het instellen van de vordering heeft verwerkt. De redenering van het hof is naar haar resultaat bevredigend, maar is inhoudelijk toch moeilijk te verenigen met de regel dat enkel tijdsverloop voor rechtsverwerking onvoldoende is. Immers, het hof overweegt dat het “nadeel” dat voor rechtsverwerking vereist is, kan bestaan in het verlies van de mogelijkheid voor de wederpartij om bewijs of tegenbewijs te leveren. Maar bij substantieel tijdsverloop tussen het schadeveroorzakende evenement en het instellen van de vordering zullen welhaast steeds één of meer mogelijkheden om bewijs of tegenbewijs te leveren verloren zijn gegaan. Zo laat het zich moeilijk denken dat ten aanzien van een operatie

24 Zie over deze kwestie nader § 28.2.

die 24 jaar geleden heeft plaatsgevonden niet een van de mogelijkheden om bewijs of tegenbewijs te leveren, verloren is gegaan: zelden zullen nog stukken of adequate herinneringen voorhanden zijn.

In de redenering van het Hof is dus in de meerderheid der gevallen louter tijdsverloop wél voldoende grond voor rechtsverwerking. Door de rechtsverwerking die brede toepassing te geven, wordt, zoals hiervoor werd opgemerkt, de rechtszekerheid die de vaste verjaringstermijn beoogt te bieden, ondergraven.

Er bestond derhalve behoefte aan een regel krachtens welke de vordering verjaart indien de benadeelde zijn recht niet heeft geldend gemaakt terwijl zulks redelijkerwijze wel van hem verwacht had mogen worden. Zo demonstreert ook het arrest van het Hof Arnhem: het oordeel van het hof is juist, maar het hof kon dat oordeel niet bereiken zonder een motivering te voeren die op gespannen voet staat met het oude verjaringsrecht. Het ontbrak aan een regel die, anders dan de oude dertigjaarstermijn, wél acht slaat op het vermogen van de benadeelde om zijn vordering in te stellen. In die leemte voorziet de subjectieve termijn. Was de zaak van het Hof Arnhem berecht onder het nieuwe recht, dan zou, nu de vordering reeds in 1969 ingesteld had kunnen worden, de vordering al in 1974 krachtens de subjectieve termijn verjaard zijn. De geforceerde aanwending van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (rechtsverwerking) had dan achterwege kunnen blijven.

Overigens was onder het oude recht de Hoge Raad veelal geneigd de feitenrechter te sauveren die zich in dit soort gevallen niet al te streng hield aan de regel dat enkel tijdsverloop voor rechtsverwerking onvoldoende is. Zie in dit verband bijvoorbeeld zijn arrest van 29 november 1996.²⁵ Daar voerde het middel aan, op goede gronden, dat alle omstandigheden die het hof had aangedragen ter motivering van zijn oordeel dat de eiser zijn recht had verwerkt, kort gezegd, niet de conclusie rechtvaardigden dat sprake was van iets anders, iets meer dan stilzitten van de eiser. De Hoge Raad oordeelt:²⁶ “Deze klachten falen reeds omdat zij eraan voorbijgaan dat het hof zijn beslissing – terecht – heeft gegrond op een afweging van alle feiten en omstandigheden in hun onderlinge samenhang beschouwd.” Dat de Hoge Raad het hofoordeel in stand liet is op zichzelf bevredigend, maar de gebrekkigheid van het oude recht dwong hem dat met een weinig overtuigende motivering te doen.²⁷

11.3.3 Een bedenking bij de subjectieve termijn; Satellite litigation

Hiervoor werd op basis van aan de rechtsverwerking gerelateerde overwegingen de subjectieve termijn verdedigd, bleek dat de subjectieve termijn recent in het Engelse en Duitse opgeld heeft gedaan en werd ook nog uiteengezet waarom hij onder het oude verjaringsrecht werd gemist. Einde debat, zou men zeggen. Voor de evenwichtige oordeelsvorming is het toch goed ook het volgende nadeel onder ogen te zien.

²⁵ NJ 1997, 153.

²⁶ R.o. 3.4, laatste zin.

²⁷ Zie nader over de verhouding tussen verjaring en rechtsverwerking deel vier hoofdstuk een.

Of iemand de voor het instellen van zijn vordering vereiste kennis heeft, biedt zonder over zijn operationalisering na te denken wellicht het *fairest, simplest and most sensible* criterium voor de aanvang van de verjaringstermijn, maar gemakkelijk vast te stellen is dat moment niet; het is een feitelijke vraag waarover uitvoerig geprocedeerd kan worden. Voor een rechter is veel eenvoudiger te beoordelen, bijvoorbeeld, wanneer de vordering is ontstaan. De Law Commission schrijft in deze zin:²⁸

“We recognise that adopting the ‘date of knowledge’ as the starting point for the limitation period has certain disadvantages, in that it is inherently less certain than, for example, the date that the cause of action accrues. There is therefore a risk that it will produce some satellite litigation. However, a number of those consultees choosing the ‘date of knowledge’ for the starting point argued that this danger could be exaggerated, and that the advantages of a uniform starting date outweigh the disadvantages.”

Kans op *satellite litigation* dus, door de kennisafhankelijke termijn. Echt ontzenuwen kan de Law Commission de vrees voor ‘afgeleide procedures’ niet; hij schrijft dat (i) een aantal referenten opmerkt dat dit gevaar zich laat overschatten en dat bovendien (ii) de voordelen van een uniform aanvangsmoment de nadelen overtreffen. Het tweede argument snijdt geen hout; de vraag naar een uniform aanvangsmoment is een andere dan de vraag of dat moment de *date of knowledge* moet zijn. Het eerste argument is wel erg dun. *A number* of referenten denkt dus dat het wel mee zal vallen, maar op basis waarvan die referenten dat vermoeden blijkt niet, en evenmin valt te lezen op basis waarvan de Law Commission hun geruststellende woorden voor juist houdt.

Dat die *satellite litigation* misschien toch wel een serieuze kwestie is, suggereert het grote aantal Nederlandse uitspraken over het aanvangsmoment door zowel feitenrechters als de Hoge Raad. Praktijkjuristen lijken het aanvangsmoment van de relatieve termijn inderdaad vaak vatbaar voor discussie te vinden.²⁹ Een blik op de uitgebreide Duitse rechtspraak, waar, als gezegd, onder het oude recht in de belangrijke § 852 BGB de kennis van de crediteur doorslaggevend was, geeft ook de indruk dat het hier om een in kwantitatieve zin belangrijk geschilpunt gaat.

Satellite litigation als gevolg van de introductie van een subjectieve termijn zou ik dus, anders dan de Law Commission, niet willen bagatelliseren. De vraag is evenwel welke consequentie men aan de onderkenning van dat nadeel toedicht. De subjectieve termijn heeft een uitgesproken rechtvaardiging in de individuele rechtsverhouding: wie nodeloos stilzit ten koste van een ander, verliest zijn recht. Er bestaat dus een heel stevig argument om een verjaringstermijn te koppelen aan het vermogen van de crediteur zijn vordering in te stellen. Om dan toch het aanvangsmoment niet subjectief te bepalen, is een zwaar tegenargument nodig. Dat *satellite litigation* dat tegenargument zou zijn, zie ik niet. Om twee redenen.

²⁸ Law Commission (2001), p. 41.

²⁹ Zo ervoer ik tijdens cursussen over verjaring. Het is mijn (stellige) indruk, maar opmerking verdient dat ik cursisten nooit op systematische wijze heb bevroegd.

Ten eerste is bepaald niet gegeven dat enig ander verjaringsregime heel veel *minder* procedures genereert. Neem twee alternatieven. In het eerste vervangen we het subjectieve criterium voor een minder feitelijk, voor de rechter gemakkelijker toepasbaar criterium. Laten wij eens aannemen dat dat het moment van ontstaan van de vordering zou zijn. Als wij dat criterium aanvaarden, kunnen vorderingen al na drie (of in Nederland vijf) jaar verjaren, nog voordat het in de macht van de crediteur lag ze in te stellen – denk aan onbekendheid met de vordering of de debiteur. Dat is zozeer in strijd met het rechtsgevoel, ook met art. 6 EVRM overigens, dat uitzonderingen aanvaard *moeten* worden. Die uitzonderingen doen dan de gemakkelijke toepasbaarheid van de regel weer teniet. Een ander alternatief is het schrappen van een korte termijn en te volstaan met de oude dertigjaarstermijn. Ook dat heeft nadelen in termen van hoeveelheid processen, omdat (i) dan met een beroep op het onzekere instituut van de rechtsverwerking toch de ondergang zal worden bepleit en bovendien (ii) voor zover er minder procedures over verjaring zouden ontstaan, bij gebreke van het verjaren van de vordering er weer meer procedures over de hoofdzaak zouden plaatsvinden. Met andere woorden: verjaringsregels (en afwezigheid van verjaringsregels!) brengen per definitie *satellite litigation* met zich.³⁰ Niet waarschijnlijk is dat een subjectieve termijn het in dat opzicht zoveel slechter doet dan zijn alternatieven.

Ten tweede. Als wij veronderstellen dat de subjectieve termijn – om het zo te zeggen – gerechtigheid brengt in de individuele rechtsverhouding, dan heeft enig tegenargument van meet af aan de wind tegen, omdat wij nu eenmaal bereid zijn voor die gerechtigheid een offer te brengen. Net als bij de subjectieve termijn kan men bijvoorbeeld bij de regel dat van een verbintenis uit overeenkomst in rechte nakoming kan worden gevorderd, bedenken dat hij wel veel procedures zal oproepen. Dat uit dat recht op nakoming veel procedures voortvloeien, nemen we op de koop toe; niet valt in te zien waarom wij dat dan bij de subjectieve termijn niet zouden doen.

Concluderend: de subjectieve termijn brengt *satellite litigation* met zich, maar dat geldt evenzeer voor andere mogelijke verjaringsregimes en bovendien zijn wij ook elders in het recht bereid een hoger aantal procedures te aanvaarden ten behoeve van de rechtvaardigheid in de individuele rechtsverhouding. Voor verwerping van de subjectieve termijn vormen de procedures die hij genereert dus geen reden.

11.4 Conclusie

Een subjectieve verjaringstermijn is nodig om enerzijds te voorkomen dat de crediteur ten koste van de debiteur schier eindeloos op zijn recht kan blijven zitten en om anderzijds te voorkomen dat zijn vordering verjaart nog voordat hij hem geldend kon maken, de subjectieve verjaringstermijn vindt navolging in Duitsland en Engeland en werd gemist onder het oude recht. De omarming door onze wetgever van die

30 Voor de zuiverheid: bij afwezigheid van een verjaringsregel spreekt men natuurlijk niet meer van *satellite litigation*.

subjectieve termijn moet om deze redenen worden toegejuicht. Dat het aanvangsmoment bij een subjectieve termijn moeilijker is vast te stellen dan bij een objectieve termijn, doet aan die conclusie niet af.

12 | De objectieve verjaringstermijn

12.1 Inleiding

Had de wetgever volstaan met subjectieve termijnen, dan zouden sommige vorderingen nooit of pas na onafzienbare tijd verjaren. Om dat te voorkomen is er de objectieve termijn; die laat de bijl vallen, ook al had de crediteur nooit de mogelijkheid zijn vordering in te stellen. Houdt men deze implicatie helder voor ogen, dan is eigenlijk direct het centrale probleem van de objectieve termijn gegeven; verlies van recht voordat het recht kon worden uitgeoefend strookt slecht met het rechtsgevoel.

Lezing van literatuur over de absolute termijn wekt de indruk dat die intrinsieke hardvochtigheid van de absolute termijn onvoldoende onder ogen wordt gezien. Zo schrijft Brunner in zijn noot onder HR 25 juni 1999,¹ waar hij de vraag bespreekt of strak moet worden vastgehouden aan de absolute termijn: “De doctrine neemt veelal, vooral voor gevallen waarin de crediteur zijn recht niet geldend heeft *kunnen* maken, een ruimhartiger standpunt in”. De aan dit citaat ten grondslag liggende veronderstelling dat krachtens de absolute termijn ook vorderingen kunnen verjaren die de benadeelde wél heeft kunnen geldend maken, is dus onjuist; als de benadeelde zijn vordering al wel geldend had kunnen maken, was deze krachtens de relatieve termijn verjaard.

Vergelijkbare verwarring ontstaat als wij bij Van Schaick in zijn introductie tot Van Hese/De Schelde lezen:

“Een bijzondere situatie doet zich voor als de gebeurtenis pas schade veroorzaakt ná het verstrijken van de absolute verjaringstermijn. Dan bestaat er vóór het verstrijken van de termijn geen rechtsovereenkomst en betekent een geslaagd beroep van de schuldenaar op verjaring dat de schuldeiser zijn aanspraak nooit heeft kunnen uitoefenen.”²

Dat een aanspraak krachtens de objectieve termijn verjaart voordat de schuldeiser zijn aanspraak heeft kunnen uitoefenen is dus juist *niet* bijzonder; het is precies wat de absolute termijn behelst.

Terug naar het dilemma: een echte weging van argumenten ten aanzien van “schuldeloos verlies van recht” door de objectieve termijn is in de parlementaire geschiedenis van het nieuwe verjaringsrecht eigenlijk niet te vinden. Dát de Minister bereid is verlies van recht te aanvaarden voordat actie genomen kon worden, blijkt

¹ NJ 2000, 16.

² Van Schaick, *WPNR* 2000, p. 594.

onder andere uit zijn uiteenzettingen over verjaring en sluipende schade, in welk verband hij het voor de aanvang van de termijn niet noodzakelijk acht dat de gebeurtenis reeds schade teweeg heeft gebracht.³ Natuurlijk ligt ook reeds in het enkele bestaan van een objectieve termijn de aanvaarding van die consequentie besloten, net als in de formulering dat verjaring “in ieder geval” intreedt na twintig jaar. Maar de vraag *waarom* precies de vordering van de crediteur door louter tijdsverloop tenonder moet gaan terwijl hem niet het verwijt treft dat hij onvoldoende werk van zijn recht heeft gemaakt, blijft onbeantwoord.

Zo lichtvoetig als in de parlementaire geschiedenis over deze kwestie werd heen-gestapt, zo hard kreeg vervolgens de rechter het dilemma voor de voeten geworpen. De asbestzaken dienden zich aan en in die zaken zou bij onverkorte handhaving van de objectieve termijn de schadevergoedingsvordering verjaard zijn, nog voordat de slachtoffers ook maar ziek werden. Dat vond de Hoge Raad onaanvaardbaar, maar hij was zich er natuurlijk zeer wel van bewust dat de wetgever niet voor niets een objectieve termijn in het leven had geroepen die de vordering “in ieder geval”⁴ doet verjaren. Uiteindelijk oordeelt de Hoge Raad⁵ dat het beroep op de objectieve termijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn, maar zijn motivering draagt de sporen van de twijfel die hij heeft gehad; in de opmaat tot zijn beslissende overweging staat dat de objectieve termijn een “in beginsel absoluut”⁶ karakter heeft, een *contra-dictio in terminis* waarop wij de Hoge Raad niet dagelijks betrappen.

Zo was dus door de rechter een bres geschoten in de dam die het eeuwige voortbestaan van vorderingen zou moeten keren. Ook in de literatuur lag de objectieve termijn onder vuur. Brunner schrijft in een pleidooi tegen het nieuwe verjaringsrecht dat:

“een vorderingsrecht niet moet kunnen verjaren, indien de rechthebbende het niet kon geldend maken door oorzaken die hem niet kunnen worden toegerekend; (...) volstaan moet worden met verjaringstermijnen die eerst lopen vanaf het moment dat het recht daadwerkelijk kon worden geldend gemaakt.”⁷

3 TK zitting 1992-1993, 22599 nr. 5, p. 5.

4 In het kindermishandelingsarrest van 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16 kent Hoge Raad belangrijke betekenis toe aan de woorden *in ieder geval*, een nadruk die het hem overigens bepaald niet gemakkelijker maakte later in het kader van de asbestzaken de termijn toch voor uitzondering vatbaar te achten – zie wat lager in de hoofdtekst. In vergelijkbare zin ook A-G Spier in zijn conclusie voor het asbestarrest Van Hese/De Schelde (28 april 2000, *NJ* 2000, 430), onder 10.10.

5 In HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 (Van Hese/De Schelde).

6 HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 (Van Hese/De Schelde), r.o. 3.3.1.

7 Brunner, Themis 2001, p. 248. Brunner is sterk gekant tegen het nieuwe recht, in het bijzonder tegen de objectieve termijn. In zijn redenering blijft enigszins onderbelicht dat onder het oude recht een vordering evenzeer kon verjaren nog voordat de crediteur haar geldend kon maken. In feite gold vroeger ook een objectief aanvangsmoment: het ging toen om het moment van opeisbaarheid. Dat moment kan zeer wel gelegen zijn voor het moment waarop de benadeelde in staat is te ageren. Denk, bijvoorbeeld, aan onbekendheid met de onrechtmatige daad of het causaal verband; die onbekendheid staat niet aan opeisbaarheid in de weg, maar belet de crediteur wél juridische actie te nemen. Zie nader over Brunners kritiek § 19.3.3.

Hartkamp schrijft in het kader van zijn kritische bespreking van de toevoeging van een vijfde lid aan art. 3:310 BW, krachtens welk voor vorderingen tot vergoeding van personenschade aan de objectieve termijn worden onttrokken:

“[Ik meen] dat het probleem beter op andere wijze had kunnen worden opgelost, en wel door de lange verjaringstermijn over de hele linie te schrappen. Volstaan kan worden met een korte termijn die begint te lopen vanaf de dag waarop de vordering daadwerkelijk kan worden ingesteld.”⁸

Onomwonden verwerping van de objectieve termijn dus, door zowel Brunner als Hartkamp. Uitgesproken verdedigers van de objectieve termijn hebben zich in Nederland niet geroerd, met uitzondering zou men kunnen zeggen van Van Schaick.⁹ Hij is van mening dat aan het algemene belang dat met de objectieve termijn wordt gediend, het belang van de individuele crediteur soms moet worden opgeofferd.¹⁰

Ook de wetgever vond bij nader inzien in sommige gevallen de absolute termijn een minder gelukkige regel. Hij besloot in het licht van de maatschappelijke commotie¹¹ die het verjaringsprobleem van de asbestslachtoffers veroorzaakte de personenschade aan de werking van de absolute termijn te onttrekken door toevoeging van een vijfde lid aan art. 3:310 BW.¹²

Grote druk dus, op de objectieve termijn, zowel vanuit de doctrine als vanuit rechtspraak en wetgeving. Hij leek aanvankelijk absoluut te gelden, vervolgens liet de Hoge Raad uitzonderingen toe en nu heeft de wetgever hem ook nog geschrapt voor een zeer belangrijke categorie van vorderingen. Niet de minste auteurs pleiten voor zijn algehele afschaffing.

Moet inderdaad het regime van de objectieve termijn, inclusief zijn uitzonderingen – de asbestarresten en art. 3:310 lid 5 BW – op de schop? Of is dat niet zo, is het principe van een objectieve termijn deugdelijk, moest hij alleen nog van wat scherpe randjes worden ontdaan en hebben wij met de corrigerende asbestarresten en het toegevoegde lid vijf een bevredigende status quo bereikt? Ik zal hierna proberen die vraag te beantwoorden, mede tegen de achtergrond van het thans te bespreken Duitse en Engelse recht.

8 Asser/Hartkamp 4-I, nr. 674c.

9 Van Schaick, *WPNR* 2000, met name p. 592. Van Schaick verdedigt de objectieve termijn niet met zoveel woorden – hij neemt de objectieve termijn als zijnde geldend recht eenvoudig tot uitgangspunt – maar zijn stuk impliceert de positieve waardering van die termijn, onder andere doordat hij zijn strenge handhaving bepleit. Tjittes bepleit die handhaving ook wel, maar doet dat “gevoelsmatig met forse tegenzin”, een bedenking waaruit geen instemming met de objectieve termijn als zodanig spreekt.

10 Zie voor de verwerping van het algemeen belang als rechtvaardigingsgrond voor verjaring § 8.3.

11 Die commotie kreeg vaste vorm in het door J. de Ruiter opgestelde rapport, *Asbestslachtoffers. Advies in opdracht van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*, VUGA, Den Haag, maart 1997.

12 De wet tot “Wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Wetboek voor gevallen van verborgen schade door letsel of overlijden”, wet van 27 november 2003, nr. 26 824.

12.2 Rechtsvergelijking: de objectieve termijn in Duitsland en Engeland

12.2.1 Inleiding

Brunner hanteerde in zijn pleidooi tegen de objectieve verjaringstermijn in 2001 het volgende rechtsvergelijkinsargument:

“In geen van de mij bekende Westerse rechtsstelsels bestaat een dubbele verjaringstermijn voor vorderingen: een korte termijn die loopt vanaf de dag waarop zij kon worden ingesteld en een langere termijn die loopt vanaf de opeisbaarheid, ongeacht of de eisende partij de vordering kon instellen.”¹³

Dat argument is de tegenstanders van de objectieve termijn inmiddels geheel ontvallen. Een jaar nadat het stuk van Brunner gepubliceerd werd schreef Tjittes:

“De geschetste tweetrapsraket in het Nederlandse verjaringsrecht is of wordt rechtsvergelijkend gezien de standaard. Zowel in Duitsland als in Engeland bestaan vergevorderde voorstellen om in de respectievelijke wetgeving een korte subjectieve termijn te koppelen aan een lange absolute verjaringstermijn. In België is dat sinds kort reeds geldend recht.”¹⁴

Het is nu dus juist andersom, Nederland zou een uitzonderingspositie innemen door geen objectieve termijn te hanteren.

In het onderstaande wordt gezien hoe de Duitse en Engelse regeling luiden en hoe in het kader van hun totstandkoming is geredeneerd. Wat daarbij direct in het oog springt, is dat in Duitsland en Engeland, net als in Nederland, de personenschade een uitzonderingspositie inneemt. In Engeland is op personenschade helemaal geen objectieve termijn van toepassing en in Duitsland geldt voor personenschade wel een objectieve termijn, maar een veel langere. Die tweedeling zal in het onderstaande terugkomen: eerst wordt de objectieve termijn in het algemeen besproken en daarna komt het bijzondere regime voor personenschade aan de orde.

12.2.2 De objectieve termijn in het algemeen

12.2.2.1 Duitsland

Hiervoor werd het eerste lid van § 199 BGB, waarin de subjectieve termijn is verwoord, geciteerd.¹⁵ De objectieve termijnen – het zijn er meerdere – staan in de leden 2 tot en met 4:

¹³ Brunner, Themis 2001, p. 247.

¹⁴ Tjittes, WPNR 2002, p. 55.

¹⁵ Zie § 13.2.2.1.????????????

“§ 199 BGB

(2) Schadensersatzansprüche, die auf Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen, verjähren ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an.

(3) Sonstige Schadensersatzansprüche verjähren

1. ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an und
2. ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an.

Maßgeblich ist die früher endende Frist.

(4) Andere Ansprüche als Schadensersatzansprüche verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an.”

Drie categorieën vorderingen dus, met elk een eigen objectieve termijn. Kort samengevat:

- schadevergoedingsvorderingen wegens aantasting van het leven, het lichaam, de gezondheid of de vrijheid verjaren dertig jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis;
- andersoortige schadevergoedingsvorderingen verjaren:
 - tien jaar na hun ontstaan, of
 - dertig jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis, waarbij de eerst eindigende termijn maatgevend is;
- niet-schadevergoedingsvorderingen verjaren tien jaar na hun ontstaan.

Het is mij op dit moment nog niet te doen om het door de Duitse wetgever gekozen onderscheid in typen vorderingen en termijnen. Waar het hier om gaat is eenvoudig te laten zien dat er zowel voor schadevergoedingsvorderingen als voor niet-schadevergoedingsvorderingen inderdaad een objectieve termijn is: de betreffende termijnen doen de vordering verjaren, ook als de crediteur de voor het instellen van de vordering vereiste kennis niet had – immers, “ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis” – en hij dus niet in staat was zijn vordering in te stellen. De Duitsers spreken in dit verband van *Höchstfristen*.¹⁶

Wij zagen eerder dat in de Nederlandse doctrine vrij principieel wordt betoogd dat een vordering niet moet kunnen verjaren voordat zij geldend gemaakt kon worden. De Duitsers hebben daar kennelijk minder moeite mee. Zie het volgende citaat uit de *Begründung* van het nieuwe Duitse verjaringsrecht:

16 In bijvoorbeeld Staudinger-Peters (2004), § 199 Rnr. 63 staat het zo: “Diese Höchstfristen haben gemeinsam, daß sie dann gelten, wenn es in hinreichend entschuldigter Weise an der Kenntnis des Gläubigers von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners fehlt.”

“Was die Interessen des Gläubigers anbelangt, war es das Ziel zu gewährleisten, dass ihm eine faire Chance eröffnet wird, seinen Anspruch geltend zu machen. Das bedeutet, dass ihm grundsätzlich hinreichend Gelegenheit gegeben werden muss, das Bestehen seiner Forderung zu erkennen, ihre Berechtigung zu prüfen, Beweismittel zusammenzutragen und die gerichtliche Durchsetzung der Forderung ins Werk zu setzen. Dieser Grundsatz kann nicht ausnahmslos durchgehalten werden. Es gibt Fallgestaltungen, in denen der Gläubiger die Verjährung seiner Forderung selbst dann hinnehmen muss, wenn er vor Ablauf der Verjährungsfrist nicht wusste, ja nicht einmal wissen konnte, dass ihm ein Anspruch zusteht.”¹⁷

Het ware denkbaar dat de Duitse wetgever deze implicatie op zichzelf onwenselijk achtte, maar onvermijdelijk vanuit de gedachte dat een regel zelden *alle* gevallen bevredigend regelt. Zo lijkt het echter niet te zijn; elders in de *Begründung* wordt de verjaring van een vordering die men nog niet heeft kunnen instellen nadrukkelijk aanvaard om te voorkomen dat die vordering nooit zou verjaren:

“Bei einem Fehler des Notars bei der Testamentsgestaltung, der erst mit Eintreten des Erbfalls zu einem Schaden führt, können zwischen der Pflichtverletzung und der Fälligkeit ohne weiteres mehr als 30 Jahre liegen. Auch ein Verkehrsunfall vermag nach mehr als 30 Jahren z. B. einen Körperschaden zu verursachen, der nicht vorhersehbar war und damit noch nicht verjährt wäre. Um dies zu vermeiden, lässt auch der bisherige § 852 Abs. 1 die 30-jährige absolute Verjährungsfrist nicht mit der Entstehung des Schadens beginnen, sondern schon mit der Begehung der Handlung, d.h. mit der Setzung der Schadensursache.(...) Dem folgt Absatz 3.”¹⁸

Met andere woorden: het kan zijn dat men pas na meer dan dertig jaar in staat raakt de vordering uit te oefenen; dat zou betekenen dat de vordering na die termijn nog niet verjaard zou zijn, dus moet er een termijn komen die de vordering toch doet verjaren.

Een met Nederland en, zoals nog zal blijken, ook met Engeland vergelijkbare ontwikkeling, inhoudende dat men vraagtekens is gaan zetten bij het schuldeloze verlies van recht dat de objectieve termijn bewerkstelligt, heeft zich in Duitsland niet voorgedaan.¹⁹ Naar de redenen hiervoor kunnen wij slechts gissen. Men heeft de op zichzelf aannemelijke gedachte ‘dat het ooit afgelopen moet zijn’ zonder nadere kritische beschouwing ongeclausuleerd aanvaard, net zoals overigens aanvankelijk de nieuw BW-wetgever. Bij die snelle aanvaarding speelt wellicht een rol dat twijfel niet vanuit de rechtspraktijk werd gevoed; gevallen die het dilemma werkelijk op scherp stelden, zoals bij ons en in Engeland de asbestzaken, deden zich misschien

17 Gesetzentwurf 2001, p. 95, r.k. Deze passage is ook al te vinden in het Abschlußbericht (1992), p. 34.

18 Gesetzentwurf 2001, p. 109, l.k.

19 Wij zullen verderop zien dat de discussie in Duitsland zich veel meer heeft toegespitst op de praktische vormgeving van de verjaringsregeling – moest bijvoorbeeld het verjaringsrecht worden ingericht langs de tweedeling (i) vorderingen uit onrechtmatige daad of (ii) overeenkomst ja of nee – dan op principiële vragen.

onvoldoende voor. Het is gemakkelijker in abstracto de temporele eindigheid van rechten te aanvaarden dan grote getallen doodzieke asbestslachtoffers te moeten zeggen dat hun vordering verjaard is, nog voordat hun ziekte aan de dag trad.

12.2.2.2 Engeland

Het probleem van verjaring voordat de crediteur zijn vordering kon instellen heeft in Engeland al geruime tijd de aandacht. Onder de Engelse verjaringswet, de Limitation Act 1980, verjaren vorderingen over het algemeen drie of zes jaar nadat de *cause of action accrued* (kort te vertalen met ‘het opeisbaar worden van de vordering’). In 1983 werd uitspraak gedaan in een van de bekendste Engelse verjaringszaken:²⁰ een vordering wegens scheurvorming in een schoorsteen werd verjaard geoordeeld terwijl de scheuren pas na ommekomst van de termijn door de crediteur ontdekt waren. De House of Lords overwoog dat de *cause of action accrued* toen de scheuren zichtbaar werden, niet toen de crediteur ze daadwerkelijk zag. Omdat de crediteur niet te verwijten viel dat hij de scheuren niet had gezien, en hij zijn vordering dus niet eerder had kunnen instellen, werd deze beslissing kritisch ontvangen. Zij vormde mede de aanleiding tot het verzoek aan de Law Reform Committee voor onderzoek naar het probleem van *Latent damage* en verjaring.

Het rapport van de Law Reform Committee on Latent Damage vond navolging in de “Latent Damage Act 1986”. Omdat de Law Reform Committee het onrechtvaardig vond de crediteur zijn recht te ontnemen voordat hij het kon instellen, werd in die Act naast het objectieve moment waarop de *cause of action accrued* het subjectieve moment van *discoverability*²¹ geplaatst. Maar vervolgens, en nu komt het, werd tevens een *long-stop* termijn toegevoegd die de vordering 15 jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis doet verjaren, onafhankelijk derhalve van het vermogen van de crediteur zijn vordering geldend te maken, met bovendien de nadrukkelijke ontzegging aan de rechter van zijn *discretion to override*.²²

Vanuit het perspectief van het Nederlandse debat over de vraag of een vordering kan verjaren voordat de crediteur haar geldend kon maken, is deze oplossing tamelijk ironisch. Het springende punt lijkt aanvankelijk te worden opgelost, maar blijft uiteindelijk onaangeroerd; onder de Latent Damage Act kan immers nog steeds een vordering verjaren nog voordat de crediteur hem kon instellen, zelfs al vijf jaar eerder dan in ons huidige stelsel.²³

20 *Pirelli General Cable Works Ltd v Oscar Faber & Partners*, [1983] 2 AC 1 (HL).

21 Het moment waarop de *cause of action accrued* is objectief te noemen omdat het niet geënt is op het vermogen van de crediteur zijn vordering in te stellen; het moment van *discoverability* is subjectief te noemen omdat het wel geënt is op het vermogen van de crediteur zijn vordering in te stellen.

22 Latent Damage Act 1986, section 1, geïncorporeerd in de Limitation Act 1980 door invoeging van section 14B.

23 Het is misschien goed hier in herinnering te brengen dat het vertrekpunt van de Law Reform Committee was een stelsel met een korte objectieve termijn van drie of zes jaar. Dat regime was dus erg crediteuronvriendelijk; de verjaring “buiten schuld” kon na verhoudingsgewijs zeer korte tijd intreden. Aan die situatie maakt de Latent Damage Act een einde – althans voor wat betreft

Anders dan de Duitse wetgever geeft de Law Reform Committee er overigens blijk van zich zeer wel van bezwaren van deze implicatie bewust te zijn:

“there is (...) an important objection of legal principle to a long stop in cases of delayed damage because it might expire before damage even occurs and before the plaintiff has ever been in a position to claim. We believe that this is a substantial difficulty and we can see that there is much to be said for applying the long stop only in relation to the three year extended period of limitation (...) or providing that the long stop should only have effect once damage had occurred.”²⁴

De Law Reform Committee “found this a particularly difficult choice and have discussed it at some length”.²⁵ Maar uiteindelijk dus:

“Our conclusion is to favour a long stop applicable (...) whether or not the defect had manifested itself in damage by the time that the long stop expires. We consider it important that the law should provide some degree of finality and we think that any concern lest that long stop should operate to deprive plaintiffs of worthwhile causes of action can be met by selecting a sufficiently lengthy period.”²⁶

De hang naar *finality* prevaleert, in de hoop dat met de keuze van een voldoende lange termijn het onrecht binnen de perken zal blijven. Tot zover de discussie uit de jaren tachtig.

Ook de Law Commission heeft zich 15 jaar later in zijn integrale herziening van het verjaringsrecht over het probleem van de *long-stop* gebogen. Wat opvalt is dat hij veel minder problematiseert dan de Law Reform Committee destijds deed, behalve waar het *personal injury* betreft. Hij beziet in zijn *Consultation Paper* uit 1998 het recht van een aantal andere *common law jurisdictions*, constateert dat daar een *wide-ranging consensus* bestaat over de noodzaak van een *long-stop*²⁷ en schrijft dan:

“In general, we agree with that consensus. We think that a long-stop does act as a fair counterbalance to the “discoverability” starting point. However, we have had some concerns about whether a long-stop should be applied to personal injury actions. Plaintiffs who have suffered personal injury can be regarded as meriting special concern simply on the ground that personal injury is a more extreme type of harm than property damage or economic loss. We particularly have in mind those who suffer industrial diseases, such as asbestosis and other forms of pneumoconiosis, where the symptoms may not become apparent for decades after the negligent conduct. In cases of latent personal injury the merits of cutting into the “discoverability” test are particularly questionable.”²⁸

een aantal typen vorderingen – zodat de oplossing van de Law Reform Committee vanuit Engels gezichtspunt wel degelijk een grote vooruitgang betekende.

24 Law Reform Committee (1984), p. 20.

25 Law Reform Committee (1984), p. 20.

26 Law Reform Committee (1984), p. 20.

27 Law Commission (1998), p. 286.

28 Law Commission (1998), p. 286.

De Law Commission volstaat hier in motiverende zin met de opmerking dat de *long-stop* een *fair counterbalance* is tegenover het subjectieve *discoverability starting point*. Conform deze voorkeur beveelt hij in zijn Consultation Paper de introductie van een *long-stop* aan van tien jaar, – buiten gevallen van personal injury – welke aanbeveling blijktens zijn Report uit 2001 door maar liefst 85% van de *consultees* werd ondersteund.²⁹ Zijn toelichting is nu uitgebreider:

“A key concern is the need to protect defendants from claims being brought at a date so long after the events to which the claim relates that defendants are no longer properly able to defend themselves. We noted in the Consultation Paper that where a claim is brought after many years there may be a risk of serious injustice to the defendant, as witnesses may no longer be available, and any documentary evidence may have been lost or destroyed. Moreover, defendants are entitled to some limit on their need to insure themselves against liability. The imposition of a long-stop also compensates for the loss of certainty which is inherent in the adoption of a limitation regime dependent on the date of knowledge of the relevant facts by the claimant.”³⁰

Aldus luidt zijn definitieve aanbeveling dat “a claim, other than in respect of a personal injury, should be subject to a long-stop limitation period of ten years”.³¹ Een rechterlijke *discretion to override* die termijn wordt nadrukkelijk afgeraden.³²

12.2.2.3 De motieven van de Duitse en Engelse wetgever nader beschouwd

Het meest uitgebreid wordt de noodzaak van een objectieve termijn dus gemotiveerd door de Law Commission. Hij noemt in zijn geciteerde passage drie argumenten, waarvan de belangrijkste lijkt te zijn dat de aangesprokene beschermd moet worden tegen de ondergraving van zijn bewijspositie. Inderdaad is dat een heel belangrijke reden voor de eindige afdwingbaarheid van een vordering; deze overweging kwam uitgebreid aan de orde onder de vlag “bewijsrechtelijke nulpunt” in het eerste deel van dit boek.³³

Ik geloof dat uit die functie ook de belangrijkste tegenwerping voortvloeit aan hen die menen dat iemand zijn recht niet moeten kunnen verliezen voordat hij het kon uitoefenen; die redenering veronderstelt het bestaan van een recht, terwijl juist in de vraag naar het bestaan van de vordering na ommekomst van twee of meer decennia het probleem schuilt.

Voor die gevallen waarin de aangesprokene zich niet meer kan verweren, rechtvaardigt dus de overweging van de Law Commission de *long stop*. Maar voor die gevallen waarin hij het juridisch debat nog wel kan voeren niet. Vloeit die rechtvaardiging dan voort uit zijn tweede argument, luidende dat “defendants are entitled to some limit on their need to insure themselves against liability”?

29 Law Commission (2001), p. 67.

30 Law Commission (2001), p. 68.

31 Law Commission (2001), p. 67.

32 Law Commission (2001), p. 91.

33 Zie § 13.3.3.1.?????????

Dit verzekeringsargument kan worden geschaard onder het andere klassieke verjaringsmotief, namelijk dat van de ‘individuele rechtszekerheid’;³⁴ zowel in economisch als in psychologisch opzicht moet de aangesprokene op enig moment weten waar hij aan toe is. Wordt hij veroordeeld tot het voldoen van een vordering waarop zijn vermogen niet meer was ingericht, dan kan hem dat uitermate hard treffen – bijvoorbeeld doordat hij niet meer verzekerd is.

Dit argument is niet logisch dwingend – anders wat mij betreft dan het bewijsargument – maar benoemt een van de gewichten in de afweging van belangen van crediteur en debiteur. De debiteur heeft er inderdaad belang bij niet te worden overvallen door zeer oude vorderingen. Er zijn casusposities waarin dat belang inderdaad moet prevaleren, namelijk die waarin het belang van de crediteur bij nakoming door tijdsverloop vergaand is gereduceerd, maar de verplichting tot nakoming de debiteur wél serieus zou treffen. Die figuur werd eerder besproken onder de noemer ‘tijd heelt alle wonden’.³⁵ Buiten deze gevallen echter, zou ik als eerder gezegd betwijfelen of het ‘rechtszekerheidsbelang’ van de debiteur het kan winnen van het actuele dus volwaardige belang bij nakoming van de crediteur.³⁶

Is er elders in de overwegingen van de Law Commission een rechtvaardiging te vinden voor een *long stop* in geval van actuele, verifieerbare vorderingen? Zijn derde argument luidt dat een *long stop* “compensates for the loss of certainty which is inherent in the adoption of a limitation regime dependent on the date of knowledge of the relevant facts by the claimant”. Over de precieze betekenis van deze overweging kan men twijfelen. Zij lijkt net als het verzekeringsargument een exponent van de ‘individuele rechtszekerheid’; het subjectieve aanvangsmoment is naar zijn aard onzeker, de ‘individuele rechtszekerheid’ van de debiteur vergt dat hij ooit weet waar hij aan toe is, dus moet er op enig moment een objectief gestuurde hakbijl vallen. Ook hier geldt: die ‘individuele rechtszekerheid’ kan het winnen als de crediteur zijn belang bij nakoming door tijdsverloop heeft verloren, maar niet duidelijk is waarom dat zo zou zijn als dat belang onverkort bestaat.

Het ziet er derhalve naar uit dat de overwegingen van de Law Commission de *long stop* kunnen dragen, behalve voor zover die *long stop* verifieerbare, actuele vorderingen treft.

De Duitse wetgever verdedigt, zoals wij zagen, de objectieve termijn eigenlijk nauwelijks. Hij ziet onder ogen dat het zich kan voordoen dat de crediteur pas na onafzienbare tijd in staat raakt zijn vordering in te stellen, beseft dat bij een louter subjectieve termijn zijn vordering dus pas na onafzienbare tijd zou verjaren en schrijft dan eenvoudig, “Um dies zu vermeiden” is een objectieve termijn nodig. Dat een vordering op enig moment moet verjaren, ook als de crediteur haar nooit kon uitoefenen, neemt de Duitse wetgever zonder toelichting tot uitgangspunt.³⁷ Niet gezegd

³⁴ Zie § 8.2.

³⁵ Zie § 9.3.2.

³⁶ Zie uitbereid hiervoor, § 9.3.4.

³⁷ Ook in de vier recente Duitse monografieën over verjaring (Haug, diss., Unterrieder, diss., Kornilakis, diss., Oetker (1994)) wordt de objectieve termijn als zodanig niet geïmpliciteerd.

is daarmee dat de Duitse benadering verkeerd is, wel betekent het dat wij er voor onze gedachtevorming geen vruchten van kunnen plukken.

12.2.3 De bijzondere verjaringsrechtelijke positie van de personenschade

12.2.3.1 Duitsland

Wij zagen dat de Duitse wetgever de ‘personenschade’ aan een eigen regime onderwerpt. Voor personenschade bedraagt de objectieve termijn geen tien maar dertig jaar. Zijn motivering is als volgt:

“Die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren kann für den Gläubiger allerdings dann zu ungünstig sein, wenn es um Ansprüche geht, die sich aus der Verletzung besonders wertvoller Rechtsgüter ergeben. Das ist bei der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit der Fall. Eine Verletzung dieser Rechtsgüter führt nicht selten erst nach vielen Jahren zu erkennbaren Schäden. Die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren ist dann zu kurz.”³⁸

Uit dit citaat ontstaat de indruk dat de Duitse wetgever van oordeel is dat de tienjaars-termijn te ongunstig kan zijn bij vorderingen wegens een inbreuk op “bijzonder waardevolle rechtsgoederen”, *omdat* een inbreuk op die goederen niet zelden pas na vele jaren tot schade leidt. Tegen de veronderstelling dat de kans op “sluipende schade” groter is naarmate het geschonden rechtsgoed van een hogere orde is, zijn in de Duitse literatuur wel bezwaren geuit.³⁹ Het onderscheid is anderzijds verdedigd, onder meer met een beroep op de hogere grondrechtelijke positie *des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit*. Treffend kritisch is meen ik Bydlinski, op grond van de functie van verjaring de debiteur tegen teloorgang van bewijs te beschermen:

“Zu nennen ist zunächst der Beweisaspekt. Geht man davon aus, dass nach langer Zeit (mehr als zehn Jahre) typischerweise nicht mehr mit ausreichender Sicherheit festgestellt werden kann, was tatsächlich genau geschehen ist – darin liegt die zentrale Rechtfertigung der Verjährung –, so kann es auf die Art des verletzten Rechtsguts nicht ankommen. Beweisprobleme nach langer Zeit sind viel mehr rechtsgutunabhängig.”⁴⁰

12.2.3.2 Engeland

De Law Commission stelt, als gezegd, voor de personenschade aan de werking van de objectieve termijn te onttrekken. Hij doet dat op basis van de volgende overweging:

38 Gesetzentwurf 2001, p. 108, r.k. Deze passage is ook al te vinden in het Abschlußbericht (1992), p. 75.

39 Zie o.a. Haug, diss., p. 40: “Zweifelsohne lassen sich genug Fälle finden, in denen erst nach vielen Jahren ein schwerer Personenschaden auftritt, doch gerade auch im Bereich der Eigentumsverletzung im Rahmen von Kaufverträgen und Werkverträgen zeigen sich Schäden erst nach vielen Jahren.”

40 Bydlinski (2001), p. 390. In vergelijkbare zin Zimmermann, *JZ* 2000, p. 864.

“Different considerations apply in relation to personal injury claims, and, despite the arguments cited above, we are minded to exempt such claims from the longstop limitation period we recommend. Our provisional proposal that there should be a long-stop limitation period in personal injury claims was rejected by around fifty-five per cent of consultees. The major concern at the suggestion that a longstop should apply to personal injury claims was that this would be unjust to claimants suffering from latent diseases, where the disease in question does not manifest itself within the long-stop period. Claims for asbestos-related disease present particular problems. The latency period for mesothelioma, a cancer of the lining of the lung caused by exposure to asbestos, can be anything between fifteen and sixty years, and we have been informed by consultees who are consultant physicians practising in asbestosis-related disease that the median latency period is over thirty years. Thus, a long-stop limitation period of thirty years would prevent most claimants suffering from mesothelioma from recovering damages for that disease. We have also been informed that the incidence of asbestos-related disease is increasing, and is expected to continue to do so for at least the next twenty-five years.”⁴¹

Herhaald zij hier dat de Law Commission in het kader van zijn algemene beschouwing over de long-stop al had opgemerkt: “Plaintiffs who have suffered personal injury can be regarded as meriting special concern simply on the ground that personal injury is a more extreme type of harm than property damage or economic loss”.⁴²

12.2.3.3 De motieven van de Duitse en Engelse wetgever nader beschouwd

De wetgever die personenschade aan de objectieve termijn onttrekt, moet van mening zijn dat de belangenafweging waarop zijn regel is gebaseerd in geval van personenschade anders uitpakt dan bij andersoortige vorderingen. Preciezer gezegd: het belang van de gedaagde moet aan gewicht verliezen en/of het belang van de eiser moet aan gewicht winnen. Waarom anders een personenschadegunstig regime?

De Duitse wetgever noch de Engelse Law Commission bepleit dat het voor de positie van de debiteur enig verschil maakt welk soort vordering hij tegen zich gericht krijgt. Sterker, aan de positie van de debiteur wordt geen woord gewijd. Dat maakt een onevenwichtige indruk, in het bijzonder doordat in de algemene beschouwingen over een objectieve termijn de positie van de aangesprokene welhaast zelfstandig doorslaggevend leek te zijn. Met name in de redenering van de Law Commission valt dit op. De eerst zo geprononceerde belangen van de aangesprokene worden afgedaan met het enkele “despite the arguments cited above”.

Met name waar het probleem van de afkalvende bewijspositie betreft, is dat niet zo sterk – het kwam in de Duitse literatuur al aan de orde. Een van de twee functies van verjaring is het voorkomen van onterechte veroordelingen wegens teloorgegaan bewijs;⁴³ die functie is in geval van personenschade even wezenlijk als in andere gevallen. Bewijsmiddelen omtrent, bijvoorbeeld, een auto-ongeluk, weerstaan de tand des tijds niet beter dan bewijsmiddelen betreffende laat ons zeggen de bouw van een

41 Law Commission (2001), p. 67.

42 Law Commission (1998), p. 286.

43 Zie hiervoor, § 8.2.1.

schoorsteen. Ik breng tevens in herinnering de 28 jaar na de ingreep aangesproken arts en zijn lotgenoten, wier bewijsproblemen de Law Commission in zijn Consultation Paper nog zo prangend deed voorkomen.⁴⁴ Door te *vooronderstellen* dat er sprake is van de inbreuk op een hoog rechtsgoed, dreigen wij het belang van bescherming tegen een afgekalfde bewijspositie te vergeten.

Een gelijk belang bij verjaring van de aangesprokene dus, of het nu op personen-schade gaat of om iets anders. Dat betekent dat de rechtvaardiging van differentiatie in het toegenomen belang van de benadeelde zou moeten liggen. In de weergegeven citaten zijn drie passages aan te wijzen die het belang van de benadeelde inderdaad sterk aanzetten. Ik bespreek ze achtereenvolgens.

Ten eerste. Wij zagen dat de Duitse wetgever over inbreuk op hogere rechtsgoederen schrijft “Eine Verletzung dieser Rechtsgüter führt nicht selten erst nach vielen Jahren zu erkennbaren Schäden”. Ook zagen wij al dat hierop in de literatuur sceptisch is gereageerd, en met recht zou ik denken; het lijkt een empirische inschatting voor de juistheid waarvan weinig aanwijzingen bestaan. Enige correlatie tussen de waarde van het geschonden rechtsgoed en de “latentietijd” van de door zijn schending veroorzaakte schade zou een oorzaak moeten hebben. Een ook maar enigszins plausibele oorzaak is niet te bedenken. De aannemelijkheid van de veronderstelde samenhang dringt zich ook niet op bij een blik op de rechtspraktijk: veelal manifesteert de schending van een hoog rechtsgoed zich direct – dood door een ongeluk, borst onterecht afgezet bij goedaardig gebleken gezwel – en manifesteert de schending van een minder verheven rechtsgoed zich veel later – verborgen gebleven ontwerpgebrek in een gebouw, vervuiling van grond. Bedacht zij dat wij het hier hebben over de samenhang tussen aard van de schade en latentieperiode *in het algemeen*; de asbestzaken beïnvloeden wellicht onze initiële opvattingen over de samenhang tussen soort schade en latentietijd, maar bij nadere beschouwing wordt duidelijk dat zij wegens hun uniciteit voor enige algemene gevolgtrekking geen basis bieden; daarvoor zijn grote getallen nodig.

Ten tweede. De Law Commission voert aan dat een long-stop is “unjust to claimants suffering from latent diseases”; de Law Commission heeft er moeite mee dat de vordering is verjaard nog voordat de benadeelde ziek werd, nog voordat hij zijn vordering kon instellen dus. Dat mag op zichzelf inderdaad ongelukkig heten, uniek voor personenschade is die implicatie niet. Integendeel, de aard van de *long-stop* als subsidiaire termijn naast de subjectieve termijn maakt dat dit ongeluk federe crediteur overkomt wiens vordering door de *long-stop* wordt getroffen. Daardoor is het ter ondersteuning van differentiatie geen sterk argument: als de Law Commission schuldeloos verlies van recht wil voorkomen, moet hij de *long-stop* over de volle linie schrappen in plaats van een uitzondering te maken voor de personenschade.

Ten derde de wat mij betreft sterkste overweging. In zowel de Duitse als de Engelse overwegingen wordt de bijzondere aard van de personenschade benadrukt. De Law Commission schrijft: “personal injury is a more extreme type of harm than

44 Zie het citaat uit Law Commission (1998) in § 9.3.3.1.

property damage or economic loss” en de Duitse wetgever spreekt van inbreuk op “besonders wertvoller Rechtsgüter”. Het staat er niet met zoveel woorden, maar ik krijg de indruk dat men eenvoudig het normatieve oordeel is toegedaan dat inbreuk op een hoog rechtsgoed langer juridisch sanctioneerbaar moet blijven. Over de juistheid van die opvatting kan men van mening verschillen, hetgeen in de Duitse literatuur ook vrij uitvoerig is geschied. Differentiatie is verdedigd met een beroep op de uiteenlopende grondrechtelijke positie van verschillende rechtsgoederen, maar anderszijds is bijvoorbeeld ook bepleit dat andere dan de onderhavige rechtsgoederen net zo belangrijk zijn en hun inbreuk in potentie net zo *existenzbedrohend*. Er lijkt geen communis opinio te zijn.⁴⁵ Vanuit Nederlands perspectief is het niet onverdedigbaar de aard van de schade als grondslag voor onderscheid te laten dienen, omdat dat ook elders in het schadevergoedingsrecht wordt gedaan.⁴⁶

Mij lijkt de aard van het geschonden rechtsgoed inderdaad wel een verdedigbare grond voor onderscheid, niet zozeer vanwege de enkele hiërarchische positie van die goederen, maar veeleer vanwege de gedachte dat de inbreuk op rechtsgoederen van hogere orde zich *langer* – niet *later* – manifesteert dan inbreuk op andere goederen. Ik schreef eerder in de paragraaf “tijd heelt alle wonden” dat verjaring onder andere gerechtvaardigd is als de crediteur zijn belang bij de vordering door tijdsverloop is kwijtgeraakt.⁴⁷ Ook bij schending van de onderhavige rechtsgoederen zal zich dat ooit voordoen, maar misschien is in het algemeen de persistentie toch groter. Zie bijvoorbeeld de casus van het Bloedtransfusiearrest,⁴⁸ waar door toediening van bloed met een verkeerde rhesusfactor een vrouw haar vermogen kinderen te krijgen verloor – kinderloosheid blijft een leven lang manifest – maar denk ook meer algemeen aan overlijden, ernstige ziektes, seksueel misbruik en andere fysieke en psychische trauma’s. In dat licht is de verlenging van de objectieve termijn van tien naar dertig jaar niet onbegrijpelijk.

Vier bedenkingen bij die gedachtegang: (i) ik kan niet bewijzen dat inbreuk op hogere rechtsgoederen zich over het algemeen langer doet voelen; het is niet meer dan een inschatting; (ii) mijn redenering geldt niet ten aanzien van sluipende schade – daar heeft de tijd niets kunnen helen, ook niet bij inbreuk op minder hoog aangeschreven rechtsgoederen; (iii) men zou het voorgaande ook op andere wijze in de verjaringsregeling tot uitdrukking kunnen brengen – zie hierna; (iv) we hebben nu nog slechts het toegenomen belang van de crediteur beredeneerd; of die toename voldoende zwaarwegend is om bijvoorbeeld het springlevend gebleven bewijsbelang van de aangesprokene te *overrulen*, valt te betwijfelen. Ik wil dus niet meer gezegd hebben dan dat ik differentiatie op grond van de aard van het geschonden rechtsgoed

45 Kritisch zijn o.a. Stürmer, *NJW* 1994, p. 2; Westerhoff, *ZG* 1994, p. 97; Haug, diss., p. 40 en Amann, *DNotZ* 1993, p. 93. Instemmend is Brüggemeier 1994, p. 47. Ook de Deutsche Juristentag 1994 gaf de voorkeur aan differentiatie.

46 Zo nemen wij bijvoorbeeld eerder causaal verband in de zin van art. 6:98 BW aan wanneer het gaat om personenschade dan wanneer het gaat om zaakschade.

47 Zie § 9.3.3.1

48 HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380.

niet geheel onbegrijpelijk vind; het is evenwel, zoals nog zal blijken, niet de oplossing die ik zelf zou voorstaan.

Samenvattend en concluderend: om een verjaringsrechtelijke voordeelspositie voor personenschadevorderingen te rechtvaardigen, moet het belang van de debiteur geringer en/of het belang van de crediteur aanzienlijker zijn dan in andersoortige zaken. Noch door de Law Commission, noch door de Duitse wetgever is bepleit dat het belang van de debiteur minder zwaarwegend zou zijn. Dan rest het toegenomen belang van de crediteur. Dat dat belang groter zou zijn omdat personenschade zich over het algemeen later manifesteert, lijkt niet juist. Evenmin van betekenis is de bedenking dat in personenschadezaken de crediteur zijn recht kan verliezen nog voordat hij ziek werd. Wel een aanknopingspunt voor onderscheid biedt de inschatting dat in geval van personenschade de crediteur veelal gedurende langere periode dan bij andersoortige vorderingen belang houdt bij zijn vordering. Daarmee is nog niet gezegd dat differentiatie inderdaad de beste oplossing is.

12.2.4 Conclusie

Een lange objectieve termijn als vangnet voor niet krachtens de korte subjectieve termijn verjarende vorderingen is rechtsvergelijkend gezien de standaard geworden. Het gegeven dat een objectieve termijn een vordering kan doen verjaren nog voordat de crediteur hem kon instellen, wordt in de landen om ons heen niet al te zeer geproblematiseerd.

Zowel in Duitsland als in Engeland wordt aan de personenschade een bijzondere positie toegekend; de Law Commission suggereert personenschade aan de objectieve termijn te onttrekken en in Duitsland geldt in plaats van de algemene tienjaarstermijn voor personenschade een dertigjaarstermijn. De belangrijkste overweging voor differentiatie lijkt te zijn dat het gaat om een “more extreme type of harm” of inbreuk op “besonders wertvoller Rechtsgüter”. Vanuit de gedachte dat over het algemeen in dergelijke gevallen de vordering langer actueel blijft, is het maken van onderscheid niet onbegrijpelijk.

12.3 Eigen opvatting

12.3.1 Waardering van het huidige recht; is wetswijziging wenselijk?

Ik besloot de inleiding tot deze paragraaf over de objectieve termijn met de vraag of wetswijziging wenselijk is of dat, integendeel, (i) het principe van een objectieve termijn deugdelijk is, en wij met (ii) de corrigerende asbestarresten en (iii) het uitzonderen van de personenschade in lid 5 van art. 3:310 BW een bevredigende status quo hebben bereikt. Ik bespreek die aspecten hierna aan de hand van de aan de rechtsvergelijking ontleende inzichten en hetgeen in het eerste deel van dit boek is opgemerkt.

(i) Ik zie de volgende reden tot positieve beoordeling van de objectieve termijn als principe. Een vordering moet niet meer afdwingbaar zijn als (i) over de gegrondheid

van de vordering geen volwaardig debat meer mogelijk is en/of (ii) het belang van de crediteur bij nakoming van de vordering door tijdsverloop is tenietgegaan. Mijn inschatting is dat in verreweg het grootste deel van de zaken na twintig jaar of dertig jaar aan een van die twee voorwaarden is voldaan. De objectieve termijn vervult in die gevallen een nuttige functie.

Inderdaad bestaat de mogelijkheid dat *niet* aan een van die voorwaarden is voldaan. Dan is verlies van recht eigenlijk niet te rechtvaardigen. Het Duitse recht biedt hier geen oplossing – de Duitse wetgever vindt zonder toelichting verjaring ook in deze gevallen gerechtvaardigd – en het voorstel van de Law Commission, dat een *discretion to override* de objectieve termijn van de hand wijst, ook niet. Dat brengt mij bij (ii), de asbestarresten.

Met de asbestarresten neemt Nederland naar ik meen een voorsprong op zijn burens, omdat die arresten wél een oplossing bieden. De asbestarresten geven immers de rechter “in uitzonderlijke gevallen” de mogelijkheid de objectieve termijn wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing te laten. Ik geloof dat een dergelijke ontsnappingsmogelijkheid, feitelijk een *discretion to override*, precies is wat wij nodig hebben om verifieerbare, actuele vorderingen te kunnen sparen. Het gaat mij hier overigens strikt om de mogelijkheid van buiten toepassing laten op zichzelf; de voorwaarden waaraan de Hoge Raad de mogelijkheid van uitzondering onderwerpt, zijn wat mij betreft vatbaar voor kritiek.⁴⁹

Ten slotte (iii) het uitzonderen van personenschade. De rechtsvergelijking biedt een diffuus beeld. In Engeland geldt de objectieve termijn niet, in Duitsland geldt een *höchstfrist* van dertig jaar. Ik heb mij al tijdens de parlementaire behandeling tegen lid 5 gekeerd,⁵⁰ en nog steeds lijkt het mij minder gelukkig dat *alle* zaken van personenschade van een *long-stop* zijn uitgezonderd. De grond voor deze stelling is dat ook het bewijs inzake vorderingen tot vergoeding van personenschade op enig moment door de tijd geheel ondergesneeuwd is, en ook in dit type zaken ooit de tijd de wonden heelt, al duurt dat laatste dan wellicht over het algemeen langer. De hiervoor besproken in Nederland met de asbestarresten geïntroduceerde *discretion to override* lijkt mij een veel betere oplossing dan de *algemene* uitzondering van lid 5. In feite is in Nederland het grootst denkbare probleem met de objectieve termijn, namelijk de asbestproblematiek, ook langs die weg opgelost; het nieuwe vijfde lid heeft vanwege zijn uitgestelde inwerkingtreden op die gevallen geen enkele invloed.

Tot zover het principe van een objectieve termijn, de asbestarresten en de uitzondering van de personenschade. Hebben we een bevredigende status quo bereikt? Mijn oordeel is gematigd positief.

In het eerste deel van dit boek concludeerde ik het volgende: als van de eiser niet redelijkerwijze verwacht mocht worden dat hij zijn vordering instelde, is twintig jaar na het evenement waaruit de vordering is ontstaan de verjaring van deze vordering toch gerechtvaardigd, tenzij de vordering nog (i) actueel en (ii) vaststelbaar is. Die regel vertoont weliswaar sterke gelijkenis met onze objectieve termijn (in brede zin,

49 Zie nader § 22.3.3.

50 Smeehuijzen, *AV&S* 2003.

dus daaronder begrepen de *escape* van de asbestarresten en de uitzondering voor personenschade), echt gelijkluidend is hij niet. Voor volmaakte overeenstemming zou een wetswijziging nodig zijn. Uiteindelijk ben ik daarvan op dit moment geen voorstander, om redenen die ik in het concluderende hoofdstuk van dit deel uiteen zal zetten. Een aanvaardbaar alternatief biedt wellicht de meer geleidelijke convergentie via ontwikkelingen in de rechtspraak. Over die optie gaat de volgende paragraaf.

12.3.2 Via ontwikkelingen in de rechtspraak naar de wenselijke oplossing

In hoeverre verschilt het huidige recht van de door mij bepleite regel? In twee opzichten: (i) de voorwaarden waaronder volgens de Hoge Raad een beroep op de objectieve termijn in strijd is met de redelijkheid en billijkheid wijken af van de voorwaarden actualiteit en verifieerbaarheid van de vordering die ik zou stellen en (ii) er is in art. 3:310 lid 5 BW de algemene uitzonderingspositie van de personenschade waarvoor ik onvoldoende grond zie.

Wat het eerste punt betreft: ik heb er in een eerdere publicatie⁵¹ al eens voor gepleit de gezichtspuntencatalogus zodanig te herzien dat hij inderdaad nog slechts een *escape* biedt aan actuele, verifieerbare vorderingen – zie nader verderop in dit boek. A-G Verkade schreef in zijn conclusie voorafgaand aan een na die publicatie gewezen arrest: “Het geheel van de door Smeehuijzen aangedragen argumenten acht ik alleszins het overwegen waard. (...) Toch bekeer ik mij daartoe nog niet.”⁵² De Hoge Raad deed dat ook nog niet. Omdat ik verwacht dat de gebreken in de huidige gezichtspuntencatalogus in de toekomst bij herhaling aan de dag zullen treden, acht ik het denkbaar dat de Hoge Raad op enig moment alsnog tot aanpassing overgaat.⁵³

Wat het tweede punt betreft: mijns inziens is er geen verjaringsrechtelijke reden onderscheid te maken tussen personenschade en andersoortige schade. Als inderdaad personenschade zich langer manifesteert dan andere schade,⁵⁴ zou wat mij betreft het gevolg eenvoudig zijn dat bij personenschade de objectieve termijn vaker buiten toepassing wordt gelaten. Anders gezegd: de algemene uitzonderingsregel die ik zou bepleiten, biedt voldoende mogelijkheden om recht te doen aan de bijzondere persistentie van personenschade. Maar zo dus niet de wetgever; die zondert personenschade categorisch van toepasselijkheid van de objectieve termijn uit.

Mijn zorg dat in zaken van personenschade net zozeer als in andere zaken op enig moment het bewijsrechtelijke nulpunt wordt bereikt en de vordering door tijdsver-

51 Smeehuijzen, *AV&S* 2005.

52 Conclusie voor HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 130, onder 6.5 en 6.6.

53 Het kan *wishful thinking* zijn, maar ik meen in bijvoorbeeld Hof Den Haag 22 juni 2007 (*LJN* BB0853) al iets terug te zien van de door mij bepleitte verscherping van de gezichtspuntencatalogus. Het hof loopt, zoals de Hoge Raad de feitenrechter heeft opgedragen, alle gezichtspunten af, maar overweegt dan: “Het voorenstaande – en met name de gezichtspunten b), e) en g) – maken, in onderlinge samenhang bezien, dat niet kan worden geoordeeld dat (...) een beroep op verjaring (...) in strijd met de redelijkheid en billijkheid is.” Inderdaad zou ik aan die gezichtspunten doorslaggevende betekenis willen toekennen.

54 Zie over die veronderstelling hiervoor, § 13.2.3.3.?????????

loop relevantie verliest, is in het kader van de totstandkoming van lid 5 ook vanuit het parlement geuit – in woorden van min of meer gelijke strekking althans. Dat heeft de Minister doen besluiten drie deskundigen te vragen hier onderzoek naar te doen.⁵⁵ De deskundigen bepleiten in hun advies de spiegelbeeldige toepassing van de gezichtspuntencatalogus.

Het gaat hier niet om de details van die oplossing,⁵⁶ maar wel om het principiële oordeel van de deskundigen dat de rechter bij beoordeling van oude, maar nog niet verjaarde vorderingen van personenschade waarde mag toekennen aan de gevolgen van tijdsverloop. Zo kan ook bij die vorderingen, hoewel bij gebreke van een objectieve termijn geen sprake is van verjaring, het debat toch een verjaringsrechtelijke dimensie krijgen. Dat lijkt mij een belangrijk besef. Welke de wat mij betreft overwegende argumenten in dat debat zouden moeten zijn, bespreek ik verderop.⁵⁷

Al met al houd ik het voor mogelijk dat de rechtspraak zich zodanig ontwikkelt dat uiteindelijk het geldend recht zo niet bijna identiek, dan toch in belangrijke mate gelijklopend is aan de regel dat een vordering na twintig jaar verjaart, tenzij die vordering nog actueel en verifieerbaar is.

12.4 Conclusie

Uit de rechtsvergelijking en gedachtevorming over doel en rechtvaardiging van verjaring bleek dat wij over de objectieve termijn, inclusief zijn uitzonderingen – de asbestarresten en art. 3:310 lid 5 BW – gematigd tevreden kunnen zijn. Ik zou hopen dat het gat dat nu nog bestaat tussen het geldend recht en de wat mij betreft wenselijke regel – een vordering verjaart na twintig jaar tenzij hij nog actueel en verifieerbaar is – verregaand wordt gedicht door de rechtsontwikkeling.

⁵⁵ Akkermans e.a. (2004).

⁵⁶ Het advies wordt nader besproken in § 22.3.2.

⁵⁷ Zie § 22.3.2.

13 | Een twintigjaarstermijn als hoofdregel die de facto de uitzondering is

13.1 Inleiding

De kern van ons verjaringsrecht is neergelegd in titel 3:11, in de art. 3:306 tot en met 3:326 BW. De hoofdregel staat in art. 3:306 BW. Dat stelt een termijn van twintig jaar. Maar: art. 3:306 BW is alleen van toepassing als de wet niet anders bepaalt. In de meeste gevallen bepaalt de wet wél anders: in de art. 3:307 tot en met 3:311 BW is ten aanzien van de meeste typen rechtsvorderingen een bijzonder regime neergelegd. Het betreft:

- de vordering tot nakoming (art. 3:317 BW);
- de periodieke vordering (art. 3:308 BW);
- de vordering uit onverschuldigde betaling (art. 3:309 BW);
- de vordering tot schadevergoeding en de contractuele boete (art. 3:310 BW);
- de vordering met betrekking tot cultuurgoederen (art. 3:310a en b BW) en
- de vordering tot ontbinding, herstel of ongedaanmaking op grond van wanprestatie (art. 3:311 BW).¹

Over deze opzet kan men op twee punten twijfelen. Ten eerste. Eerder in dit boek is vrij uitgebreid de wenselijkheid van een korte, subjectieve verjaringstermijn bepleit. De gedachte die aan die termijn ten grondslag ligt, lijkt in het verbintenissenrecht vrij universeel toepasbaar te zijn: de crediteur moet binnen een bepaalde termijn nadat dit redelijkerwijze van hem verwacht kan worden tot juridische actie komen, omdat tijdsverloop de positie van zijn wederpartij ondergraaft. Doet hij dat niet, dan heeft hij op enig moment, in conceptuele zin, zijn recht verwerkt. Er zijn wellicht uitzonderingen, maar in de regel doet deze gedachte wel opgeld. Waarom zou dan de positief-rechtelijke vertaling van die gedachte – een korte, subjectieve termijn – niet de hoofdregel zijn? Waarom in plaats daarvan een lange objectieve termijn als hoofdregel?

Ten tweede. Het formuleren van een hoofdregel die de facto uitzondering is, brengt met zich het probleem van kwalificatie; valt de vordering onder de hoofdregel of onder één van de uitzonderingen? Die kwalificatievraag vergt steeds een ‘actieve’ benadering. Het is niet zo dat de praktijkjurist kan uitgaan van toepasselijkheid van een bepaalde regel en moet nagaan of zich geen uitzonderingen voordoen, nee, hij moet op zoek naar de wél toepasselijke regel. Dat lijkt de rechtszekerheid, in de zin van ‘kenbaarheid van het recht’, geen goed te doen.

¹ Er zijn uitzonderingen. Soms is de lange termijn langer dan twintig jaar. Zie de art. 3:310 lid 2, 3:310a lid 1 en 310b lid 1 BW (dertig jaar); 3:310a lid 2 BW geeft zelfs een termijn van 75 jaar. De korte termijn van art. 3:310a BW bedraagt slechts een jaar.

Deze initiële twijfel wordt nog gevoed door de rechtsvergelijking. Wij zien dat zowel in Duitsland als in Engeland in het kader van de rationalisering en vereenvoudiging van het verjaringsrecht is gekozen voor één algemeen geldende korte subjectieve termijn, namelijk respectievelijk de *regelmäßige Verjährungsfrist* van drie jaar in Duitsland, en de driejaarstermijn van het Engelse *core regime*. Die hoofdregels zijn niet slechts theoretische hoofdregels, zij zijn inderdaad op het merendeel van de vorderingen van toepassing. Ook in de PECL wordt een uitgesproken keuze gemaakt voor één algemeen toepasselijke, subjectieve driejaarstermijn.

Aldus geven zowel de rechtsvergelijking als inhoudelijke overwegingen aanleiding tot kritische beschouwing van het gekozen regime.

13.2 De motivering van de wetgever

De in de inleiding geuite inhoudelijke punten van twijfel over de structuur van ons verjaringsrecht, tezamen met de hier gesignaleerde afwijking van de ons omringende landen, maakt benieuwd naar de overwegingen van de wetgever om toch voor het huidige systeem te kiezen. In de parlementaire geschiedenis is het volgende te lezen:

“De regeringscommissaris zet desgevraagd nader uiteen dat op het gebied van de verjaring verschillende stelsels denkbaar zijn. In het huidige stelsel is de algemene termijn lang (30 jaar, wat in het Nieuw BW 20 jaar wordt), en is er een reeks kortere termijnen voor speciale gevallen. Denkbaar is ook het omgekeerde stelsel te volgen, waarbij de algemene termijn kort is en men voor de speciale gevallen waarin dit wenselijk is, een langere termijn opneemt. Een voorstel voor een verdrag dat in die richting ging is destijds in de Raad van Europa gedaan maar gestrand, hetgeen begrijpelijk is daar een zo totale ommezwaai voor de wetgever moeilijk is te overzien. Zou men nu de algemene termijn op tien jaar bepalen, dan zou dat neerkomen op een tussenoplossing, waarin enerzijds kortere termijnen wenselijk zouden blijven en anderzijds niet goed te vermijden zou zijn voor een aantal gevallen (...) een langere termijn op te nemen. Dit zou een veel gecompliceerder verjaringssysteem opleveren. Het verdient daarom de voorkeur uit te gaan van een lange algemene termijn (...), maar uitbreiding te geven aan de bijzondere gevallen waarvoor een korte termijn geldt, zoals de termijn van drie jaren [aanvankelijk was het voornemen de subjectieve termijn op drie, in plaats van op vijf jaar te bepalen; JLS], van de artikelen 3.11.12a en 3.11.13. De regeringscommissaris zegt toe titel 3.11 met het oog hierop nog eens te zullen bezien.”²

De regeringscommissaris geeft gevolg aan zijn toezegging titel 3.11 nog eens te bezien met het oog op de mogelijkheid uitbreiding te geven aan de bijzondere gevallen waarvoor een korte termijn geldt. In de M.v.T. Inv. staat: “In de nieuwe opzet van deze artikelen is (...) getracht te komen tot een uitbreiding van de reeds opgenomen korte verjaringstermijnen tot alle gebieden waar zulks om praktische redenen wenselijk

2 Parl. Gesch. Boek 3, p. 919.

is (...).”³ De regeringscommissaris presenteert vervolgens de bijzondere termijnen die wij thans kennen. Hij vervolgt in toelichtende zin:

“Gekozen is (...) voor een tussenstelsel. Voor de belangrijke groepen van rechtsvorderingen van de artikelen 3.11.11-13aa geldt de boven aangegeven termijn van vijf jaren, die ten opzichte van het huidige recht een aanzienlijke bekorting betekent zonder nochtans voor de praktijk al te knellend te worden. Buiten het terrein van die artikelen blijft de algemene termijn van twintig jaren gelden die trouwens ten opzichte van de huidige termijn van dertig jaren eveneens een bekorting oplevert. (...)”⁴

Met name de volgende twee aspecten zijn opvallend.

Ten eerste. De wetgever ziet de mogelijkheid van het opnemen van één algemeen geldende korte termijn met voor bijzondere gevallen een lange termijn – de oplossing die nu dus rechtsvergelijkend bezien de standaard is – wel onder ogen, maar zegt ter verwerping daarvan niet meer dan dat systeem ook in de Raad van Europa heeft voorgelegen en dat het stranden begrijpelijk is omdat “een zo totale ommezwaai voor de wetgever moeilijk is te overzien”. Deze overweging is geplaatst in de tijd wel begrijpelijk: omarming van het ‘moderne’ systeem met een korte subjectieve termijn als hoofdregel betekende toen een revolutie en met revoluties moet de wetgever voorzichtig zijn, met name als de gevolgen onvoldoende te overzien zijn. Destijds werd in de literatuur de aanvaarding van een algemene korte termijn ook niet breed bepleit. Tegenwoordig echter, nu als gezegd een korte subjectieve termijn de standaard is geworden, maakt het argument van een ommezwaai met onoverzienbare gevolgen niet al te veel indruk meer.

Ten tweede. De wetgever spreekt steeds over de lengte van termijnen – of ze korter moeten of juist langer, dat de vijfjaarstermijn ten opzichte van de oude dertigjaarstermijn een enorme bekorting betekent, dat de twintigjaarstermijn ook al een bekorting betekent ten opzichte van de dertigjaarstermijn, enzovoorts. Nu is de lengte van een verjaringstermijn belangrijk, maar even belangrijk is zijn aanvangsmoment. En aan dat laatste besteedt de wetgever vrijwel geen woord. Zijn stilzwijgen op dat punt geeft aanleiding tot twijfels.

De mededeling, bijvoorbeeld, dat de vijfjaarstermijn ten opzichte van de dertigjaarstermijn een enorme bekorting betekent, is zonder de toevoeging dat het hier om een heel ander soort termijn gaat, hinderlijk incompleet. De vijfjaarstermijn vangt immers pas aan, kort gezegd, als de crediteur in staat is tot juridische actie. Voor de dertigjaarstermijn gold dat niet. De bekorting is dus betrekkelijk, in die zin dat de vijfjaarstermijn heel goed lang na de gebeurtenis waaruit de vordering voortspruit kan aanvangen, zodat de verjaringstermijn gemeten vanaf het ‘oude’ aanvangsmoment veel langer dan vijf jaar kan zijn. Net zo lang als, of nog langer zelfs dan, de oude termijn.

Zodoende ontstaat de indruk dat de wetgever het afgewogen karakter van een korte subjectieve termijn onvoldoende recht doet. Nergens lijkt belangrijke betekenis

3 Parl. Gesch. Inv., p. 1407.

4 Parl. Gesch. Inv., p. 1409.

te worden toegekend aan het feit dat de vijfjaarstermijn dan wel kort is, maar dat hij ook pas aanvangt als van de crediteur verwacht kan worden dat hij tot juridische actie komt, zodat de termijn moeilijk tot jegens de crediteur onbillijke oplossingen kan leiden. Zo motiveert hij afwijzing van bekorting van alle bevrijdende verjaringstermijnen als volgt – ik plaats cijfertjes in de tekst ter referentie:

“[T]egen een drastische bekorting van de termijn voor alle gevallen van extinctieve verjaring [bestaan] bezwaren.

(...) Van vorderingen uit het erfrecht in het algemeen kan worden gezegd dat het belang van een vlot lopend rechtsverkeer daarbij geen grote rol speelt.⁵ Het kan bovendien gebeuren dat de gerechtigde pas na lange tijd van zijn rechten kennis krijgt. (...) (1)

Een belangrijk punt is voorts dat in het nieuwe wetboek aan de extinctieve verjaring (...) tevens de verkrijgende verjaring door een bezitter te kwader trouw uit hoofde van afdeling 3.4.3 is gekoppeld. Met name als het om onroerende zaken gaat, ligt een termijn van minder dan twintig jaren voor een zodanige verjaring niet voor de hand. Hetzelfde geldt bij voorbeeld bij gestolen of verduisterde roerende zaken. Men denke aan het in de praktijk niet onbelangrijke geval van kunstdiefstallen. Het gaat niet aan dat bij voorbeeld een bekend schilderij dat wordt gestolen, na vijf of tien jaar weer veilig zou kunnen worden verhandeld. (2)

Ten slotte verdient aandacht dat moeilijk is vast te stellen in hoeverre een korte verjaringstermijn steeds tot redelijke resultaten zou leiden, ook voor rechtsvorderingen uit bronnen die thans in de praktijk geen grote rol spelen en die daarom ook des te moeilijker zijn te overzien.(3)”⁶

Het besef van de aard van de subjectieve termijn had in dit citaat op een aantal punten bepaald nadrukkelijker aan de dag gelegd kunnen worden:

Ad (1) Dat het kan gebeuren dat de gerechtigde pas na lange tijd van zijn recht kennis krijgt, is nu juist in het aanvangsmoment van een goed geformuleerde subjectieve vijfjaarstermijn verdisconteerd. Natuurlijk moet een erfrechtelijk vordering niet verjaren voordat de gerechtigde weet dat hij dat recht heeft, maar een subjectieve termijn zou dat ook niet bewerkstelligen; de termijn begint pas te lopen zodra hij bekend raakt met zijn recht.⁷

Ad (2) De koppeling van de verkrijgende verjaring aan de bevrijdende verjaring lijkt een wat mager motief om een algemene verkorting van de termijnen in het kader van de bevrijdende verjaring af te wijzen. Een bijzondere bepaling die de kruising van bevrijdende en verkrijgende verjaring regelt, had wellicht uitkomst kunnen bieden.

5 Toegevoegde noot: ik noem niet in de hoofdtekst – omdat het niet het punt betreft dat ik wil maken – de wat mij betreft ongelukkige verwijzing naar het vlot lopend rechtsverkeer. In het eerste deel van dit boek (§ 8.6) schreef ik dat het belang van een vlot lopend rechtsverkeer in het kader van de bevrijdende verjaring een ondergeschikt motief is. Het betreft een soort algemeen belang in de gedachtevorming, terwijl in het kader van de bevrijdende verjaring bijna uitsluitend de belangen van de betrokken partijen ertoe doen.

6 Parl. Gesch. Inv., p. 1408.

7 Met zijn subjectieve recht uiteraard, niet met het objectieve recht. Rechtsdwaling behoort niet aan de aanvang van subjectieve termijnen in de weg te staan en doet dat ook niet; zie nader § 22.2.2.4.

Maar waar het hier met name om gaat, opnieuw: de vijfjaarstermijn zou, mits goed geformuleerd, helemaal niet tot gevolg hebben dat een gestolen schilderij na vijf jaar weer veilig kan worden verhandeld. Formuleert men de vijfjaarstermijn juist, dan zal die tot de conclusie voeren dat de revindicatie tegen de dief nog niet verjaard is, omdat de eigenaar niet in staat was die revindicatie in te stellen (bij gebreke van bekendheid met de persoon van de dief of diens rechtsopvolger).

Ad (3) De vraag of korte termijnen in de praktijk wel steeds tot redelijke resultaten zullen leiden, wekt de indruk dat niet wordt beseft dat in de subjectieve termijn een redelijkheidstoets besloten ligt. De termijn vangt immers pas aan als van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot actie komt.

Ik meen derhalve in het citaat passages te zien die het karakter van de subjectieve termijn lijken te miskennen. In ieder geval zien wij geen passages die het karakter van de subjectieve termijn expliciet onderkennen.

Vanwege inhoudelijke twijfels over het thans geldende regime en gelet op het recht in de landen om ons heen, onderzocht ik in deze paragraaf de motieven van de wetgever om te komen tot het huidige stelsel. De conclusie luidt dat zijn keuze in de tijd geplaatst begrijpelijk is, maar dat naar de huidige stand van zaken zijn argumenten eigenlijk niet meer overtuigen. Met name zijn beweegredenen om de korte, subjectieve termijn niet tot hoofdregel te verheffen, schijnen gebrekkig te zijn.

13.3 Hoe ernstig is de afwijking van het huidig recht ten opzichte van het ‘wenselijke’ recht?

Het schemerde in het voorgaande al door: ik meen dat inderdaad overeenkomstig de landen om ons heen als hoofdregel een korte, subjectieve verjaringstermijn zou moeten gelden. Bijzondere bepalingen zouden er wat mij betreft slechts hoeven zijn voor die vorderingen waaraan de rechtsverwerkingsgedachte geen recht doet. Die rechtsverhoudingen derhalve, waarin men het de crediteur niet wil tegenwerpen dat hij nodeloos op zijn recht blijft zitten, bijvoorbeeld omdat wel te begrijpen is dat hij niet tot juridische actie komt – ik noem straks een voorbeeld.

Met de constatering dat de huidige regeling niet overeenstemt met het regime dat ik voor wenselijk houd, rijst de vraag hoe wezenlijk het verschil tussen de beide regimes eigenlijk is. Laat ik die kwestie behandelen aan de hand van de twee punten waarover ik twijfel bij het huidige systeem: (i) als hoofdregel een objectieve termijn van twintig jaar in plaats van een subjectieve korte termijn, met als gevolg dat vorderingen aan die lange termijn onderworpen zijn terwijl de korte de voorkeur had verdiend en (ii) nodeloze kwalificatievragen doordat de formele hoofdregel niet de materiële hoofdregel is.

Wat betreft (i). Als gezegd geldt voor belangrijke categorieën van vorderingen de hoofdregel van twintig jaar niet, maar geldt een subjectieve vijfjaarstermijn (gekoppeld aan een objectieve termijn van twintig jaar, maar dat hier terzijde). Dat maakt dat het met het ‘onrecht’ doordat de vordering in plaats van door een korte subjectieve

termijn door een lange objectieve termijn wordt beheerst, misschien wel meevalt. Drie nadere opmerkingen ter onderbouwing van die stelling.

Ten eerste. Ik gebruikte in de vorige alinea het woord ‘meestal’. Hoe het kwantitatief precies ligt is moeilijk na te gaan, maar ik zou denken dat inderdaad het overgrote deel van de vorderingen door de wetgever onder één van de bijzondere bepalingen – met dus een korte subjectieve termijn – is gebracht. Met de vorderingen tot nakoming, uit onverschuldigde betaling, tot schadevergoeding, tot ontbinding, tot herstel of ongedaanmaking op grond van wanprestatie en de periodieke vordering zal vermoed ik verreweg het grootste deel van de rechtspraak gedekt zijn. De verhouding in hoeveelheid rechtspraak over de algemene termijn van art. 3:306 BW enerzijds en de overige termijnen anderzijds wijst ook in die richting.

Ten tweede een wat regelsceptische opmerking. Het kan onder het huidige recht gebeuren dat een vordering wordt beheerst door de twintigjaarstermijn, terwijl een korte subjectieve termijn geschikter was. Dat is niet ideaal, maar echt ten hemel schreiend is het evenmin. Ook een twintigjaarstermijn is nog altijd een verjaringstermijn. Wij hebben het gedurende lange tijd gedaan met een wetboek waarin de subjectieve termijn überhaupt niet bestond en de algemene termijn, die toen ook echt algemeen gold, nog tien jaar langer was dan de huidige algemene twintigjaarstermijn. Dat regime was op enig moment voor verbetering vatbaar, maar stond toch ook weer niet als uitgesproken onrechtvaardig te boek. De splinter die nu van dat regime nog over is in de vorm van een relatief geringe hoeveelheid ten onrechte door een erg lange termijn beheerste vorderingen, lijkt voor fundamentele twijfel over het huidige stelsel onvoldoende.

Ten derde. Dat op sommige vorderingen geen korte subjectieve termijn van toepassing is, maar de twintigjaarstermijn, is ook gewoon terecht. De wetgever noemt zelf als voorbeeld onder andere de familierechtelijke verhouding. Inderdaad lijkt mij daar de rechtsverwerkingsgedachte en dus een subjectieve termijn minder geschikt, niet zozeer omdat, zoals de wetgever schrijft, het “vlot lopend rechtsverkeer” er daar minder toe doet, maar omdat wij van familieleden onderling niet verwachten dat zij hun recht steeds uitoefenen zodra zij dat kunnen. Zo lijkt het alleszins redelijk dat in Hof Amsterdam 28 juni 2001⁸ de zoons niet tegengeworpen konden krijgen dat zij hun vordering wegens overbedeling van de vader niet binnen vijf jaar na opeisbaar worden, hebben uitgeoefend.⁹

Het ‘onrecht’ als gevolg van de keuze voor een twintigjaarstermijn in plaats van een korte subjectieve termijn als hoofdregel lijkt dus niet al te groot. Dan punt (ii), de kwalificatiekwestie.

Vergeleken met een stelsel waar eenvoudig een korte, subjectieve termijn de hoofdregel is, lijkt ons huidige systeem inderdaad het mindere. Vanwege de feitelijke uitzonderingspositie van de hoofdregel, vergt de kwalificatievraag steeds de volle aandacht. Dat heeft rechtsonzekerheid tot gevolg. Die heeft zich in het verleden onder

⁸ NJ 2001, 673.

⁹ Het Hof besliste terecht dat de vordering werd beheerst door de twintigjaarstermijn van art. 3:306 BW en niet door de subjectieve vijfjaarstermijn van art. 3:307 BW.

andere gemanifesteerd bij de kwalificatie van het zelfstandig regresrecht. Lange tijd is onderwerp van discussie geweest of dat recht verjaringsrechtelijk wordt beheerst door de algemene termijn van twintig jaar of door de bijzondere korte subjectieve termijn van art. 3:310 BW. Eveneens was lange tijd onzeker of het regresrecht van de borg nu onder de algemene termijn valt of niet. Vergelijkbare onzekerheid bestaat nog steeds ten aanzien van het regresrecht in de verhouding tussen hoofdelijk schuldenaren. Zeer waarschijnlijk zullen zich nog wel nieuwe probleemgevallen aandienen.

Bedacht zij in dit verband dat het hier gaat om kwesties die ook echt nog ‘objectief onzeker’ waren of zijn, in de zin van ‘onbeslist’. Daarnaast verdient opmerking dat wellicht in veel gevallen bij de kenner van het verjaringsrecht wel bekend is hoe de vordering moet worden gekwalificeerd, maar dat het voor de praktijkjurist van belang is dat de kwalificatie van de vordering ook zo veel mogelijk vanzelfsprekend is. De tekst van de wet moet waar dat kan duidelijkheid scheppen; het is belastend dat men nu, bijvoorbeeld, Bijlsma/ABP¹⁰ moet kennen om te weten dat het zelfstandig regresrecht onder art. 3:310 BW valt.

Het ligt voor de hand dat het kwalificatieprobleem minder groot zou zijn in een systeem waarin de formele hoofdregel ook de materiële hoofdregel is. Bij die opmerking past de kanttekening dat natuurlijk wel van belang is hoe dat alternatieve systeem dan zou worden uitgewerkt. Mocht de wetgever voor een groot aantal vorderingen uitzonderingsbepalingen in het leven roepen, dan zou de kwalificatievraag generalis/specialis weer aan belang winnen. Helemaal in abstracto is dus de vraag welk systeem het wint, eigenlijk niet te beantwoorden.

13.4 Conclusie

De kern van ons verjaringsrecht lijken niet optimaal te zijn gestructureerd. Thans geldt als hoofdregel een termijn van twintig jaar, die echter wegens het grote bereik van de bijzondere bepalingen de facto een uitzondering vormt. Een regime, zoals dat ook geldt in Duitsland en Engeland, waar een korte subjectieve termijn de hoofdregel is, had de voorkeur verdiend omdat (i) een korte subjectieve termijn als wettelijke rechtvaardiging heeft en (ii), belangrijker nog uit praktisch oogpunt, omdat met de introductie van een hoofdregel die ook materieel de hoofdregel is, de verwachting gerechtvaardigd is dat het belang van kwalificatievragen af- en daarmee de rechtszekerheid toeneemt.

¹⁰ Zie over dat arrest § 22.2.4.2.

14.1 Inleiding

De vorige paragraaf had een enge blik op de structuur van het verjaringsrecht. Gekeken werd uitsluitend naar de vraag of het verstandig was een twintigjarige termijn als hoofdregel te kiezen, die de facto de hoofdregel niet is. De vragen die daarover rezen, lagen na wat eerder in dit boek was geschreven over de fundamenteën van de verjaring voor de hand, en de twijfel werd versterkt door de rechtsvergelijking.

Ik wil in deze paragraaf een punt aan de orde stellen dat ook gaat over de structuur van het verjaringsrecht, maar dat niet beperkt is tot de ‘kernverjaringsregels’. Dat onderwerp komt op, niet zozeer vanuit eigen inhoudelijke twijfels, maar in overwegende mate door kennisname van wat er in de landen om ons heen in de loop der tijd met het verjaringsrecht is gebeurd. Ik heb het over het gevaar dat het verjaringsrecht aan complexiteit en een toenemende verbrokkeling ten onder gaat. In Duitsland en Engeland namelijk, leidden de “needless complexity”,¹ en de “fast barock zu nehmende Formenreichtum”² der unterschiedlichen Verjährungsfristen tot het breed gedragen oordeel dat het verjaringsrecht niet meer voldeed en moest worden herzien.

Met een door die buitenlandse ervaringen gescherpte blik naar ons recht kijkend, blijkt dat wij niet helemaal gerustgesteld kunnen zijn; ook bij ons is verbrokkeling zichtbaar. Ten eerste is er het in de vorige paragraaf genoemde punt dat de formele hoofdregel de materiële hoofdregel niet is; ik merkte al op dat daardoor de kern van ons verjaringsrecht sterker gedifferentieerd lijkt te zijn dan strikt noodzakelijk is. Maar daar blijft het niet bij. Men kan in ons verjaringsrecht nog twee andere breukvlakken ontwaren.

In de eerste plaats kan men zich zorgen maken over de hoeveelheid bijzondere bepalingen. Er zijn de regels van de art. 3:307 – 3:311, die elk een eigen verjaringsregel geven voor een specifiek type vordering. De praktijkjurist moet steeds kiezen door welk van die bepalingen de voorliggende vordering wordt beheerst, en die keuze is niet steeds vanzelfsprekend. Zo kan, bijvoorbeeld, de vordering uit onverschuldigde betaling (art. 3:309 BW) zeer wel samenlopen met de vordering tot schadevergoeding (art. 3:310 BW).

Bij de bijzondere bepalingen van titel 3:11 blijft het niet. Ook buiten de kernbepalingen 3:306 tot en met 3:326 is nog een aanzienlijk aantal andere bijzondere regels

1 Law Commission (2001), p. 6.

2 Peters, Zimmerman (1981), geciteerd in Begr. RegE, p. 101. Zie in vergelijkbare zin Spiro (1986), p. 618.

geformuleerd. Het gaat om uiteenlopende terreinen: de alimentatie,³ vernietiging van besluiten en rechtshandelingen,⁴ de rekening courant,⁵ het klagen over een gebrek,⁶ de productenaansprakelijkheid,⁷ ontbinding,⁸ de dwangsom⁹ alsook om regelingen in het kader van de bijzondere overeenkomsten koop,¹⁰ opdracht,¹¹ agentuur,¹² vervoer,¹³ arbeid,¹⁴ verzekering,¹⁵ de WAM¹⁶ en de dwangsom.¹⁷

Een voorbeeld van de problemen waartoe die diversiteit aanleiding kan geven biedt HR 21 april 2006.¹⁸ De koper ageert uit wanprestatie (non-conforme levering) dan wel onrechtmatige daad (bewuste misleiding door de gemeente omtrent de verontreiniging). De vordering uit wanprestatie wordt ingevolge art. 7:23 lid 2 BW beheerst door een verjaringstermijn van twee jaar, de vordering uit onrechtmatige daad wordt ingevolge art. 3:310 lid 1 BW beheerst door een termijn van vijf jaar. De Hoge Raad oordeelt dat art. 7:23 lid 2 BW van toepassing is en art. 3:310 lid 1 BW niet. Verdedigbaar is ook de tegengestelde opvatting: waarom zou iemand die onrechtmatig handelt in het kader van een overeenkomst sterker verjaringsrechtelijk beschermd worden dan iemand die sec onrechtmatig handelt?¹⁹ Was het verjaringsrecht uniform geweest, dan had deze kwestie zich niet voorgedaan. Er zijn meer voorbeelden.²⁰

3 Art. 1:403 BW.

4 Art. 3:15 lid 5 BW en 3:51 leden 1 en 2 BW.

5 Art. 6:140 leden 1 en 4 BW.

6 Art. 6:89 BW.

7 Art. 6:191 BW.

8 Art. 6:268 BW.

9 Art. 611g Rv.

10 Art. 7:23, 7:28 en 7:44 jo. 7:39 BW.

11 Art. 7:412 BW.

12 Art. 7:444, 7:439 en 7:440.

13 In titel 20 van boek 8 een uitvoerige eigen regeling.

14 Een reeks bepalingen in boek 7, waaronder art. 7:621 lid 3 en 7:631 lid 8.

15 Art. 7:942 lid 1 BW.

16 Art. 10 WAM.

17 **INVULLEN**

18 *NJ* 2006, 272.

19 Vgl. Staudinger-Peters (2004), § 195 Rnr 43 "Das Vertragsrecht darf den deliktischen Rechtsschutz nicht verkürzen (...)"; BGHZ 116, 297, 300.

20 Zo stond in HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 621 ter beoordeling of in geval van aanvaring de bijzondere tweejarige vervoersrechtelijke verjaringstermijn van toepassing is (art. 8:1793) of de algemene vijfjaarstermijn van art. 3:310 BW; in HR 6 februari 1998, *NJ* 1998, 351 of op een vordering uit niet-genoten ATV-dagen de bijzondere korte arbeidsrechtelijke termijnen van toepassing zijn en in HR 12 november 1999, *NJ* 2000, 67 of op een overeenkomst van geldlening het algemene art. 3:313 BW (dat bevat een algemene bepaling over het aanvangsmoment van verjaring) van toepassing is of het bijzondere art. 3:307 BW (dat bevat een bijzonder aanvangsmoment voor de rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst). Er is ook rechtspraak uit feitelijke instanties. Zo stond in Hof Amsterdam, 28 december 1995, *KG* 1996, 330 ter beoordeling of de verbintenis uit een in een notariële akte neergelegde geldlening valt onder de art. 3:307 en 3:308 BW met hun vijfjaarstermijn of onder art. 3:324 BW met zijn twintigjaarstermijn en in Hof Amsterdam 28 juni 2001, *NJ* 2001, 673 of de vordering uit overbedeling na boedelverdeling valt onder art. 3:306 BW met zijn twintigjaarstermijn of onder art. 3:307 BW met zijn vijfjaarstermijn.

Het tweede punt met betrekking tot de structuur van ons verjaringsrecht doet ook de kwalificatieprobleem toenemen, maar is breder in die zin dat het ook gaat over de begrijpelijkheid en consistentie van ons verjaringsrecht in het algemeen. De aspecten die ik hiervoor noemde, hebben van meet af aan in het nieuwe verjaringsrecht besloten gelegen. Maar de rechtsontwikkeling heeft niet stil gestaan. Verjaringsregels zijn vaak weer genuanceerd, aangevuld of van uitzonderingen voorzien. Om een aantal voorbeelden te noemen: aan het oorspronkelijk uit één lid bestaande artikel over de verjaring van de vorderingen tot schadevergoeding, art. 3:310 BW, zijn ter ‘reparatie’ nog vier bijzondere leden toegevoegd. Het tweede vestigt een apart regime voor ‘milieuschade’, het vierde voor seksueel misbruik en het vijfde voor personenschade. Ook het functioneel nauw verwante nieuwe verzekeringsrecht voorziet in een eigen verjaringsregeling, met een eigen stuitingsregime bovendien. Het arbeidsrecht spant misschien de kroon: Van Eck schreef in 2000 een overzichtsartikel over verjarings- en vervaltermijnen in het arbeidsrecht. In 2003 moest er een uitgebreide geactualiseerde versie komen²¹ wegens het inwerkingtreden van een aantal nieuwe wetten en in 2005 schreef Andriessen alweer een ‘nieuwe actualisering’;²² het bijgevoegde termijnenoverzicht beslaat 3 pagina’s.

Deze ontwikkeling lijkt een toenemende mate van verbrokkeling van het verjaringsrecht tot gevolg te hebben. Bepaald niet gezegd is immers dat wat gebeurt op het ene front, zich naar behoren verhoudt tot wat gebeurt op het andere. Zo bepaalt bijvoorbeeld de WAM dat onderhandelingen stuitende werking hebben, maar bepaalt HR 1 februari 2002²³ dat onderhandelingen buiten de WAM geen stuitende werking hebben. Of: art. 3:310 lid 3 BW bepaalt dat de verjaring bij schade door “gevaarlijke stoffen” in geval van een voortdurend feit aanvangt na afloop van dat aanhoudende feit, maar HR 25 juni 1999²⁴ bepaalt dat die regel niet geldt buiten schade door gevaarlijke stoffen. Dat onderscheid doet het belang van de kwalificatievraag weer toenemen,²⁵ maar daar gaat het mij hier niet om. De vraag die ik hier stel is of de consistentie van ons verjaringsrecht met dit soort beslissingen niet in gevaar komt, bij gebreke van een inhoudelijke rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid.

De twee voornoemde punten – het flinke aantal bijzondere termijnen en de rechtsontwikkeling – maken de eenvoudige toepasbaarheid en de consistentie van het

Beekhoven van den Boezem beargumenteert in haar proefschrift over de dwangsom overtuigend dat [invullen].

21 Van Eck, Arbeidsrecht 2003.

22 Andriessen, Arbeidsrecht 2005.

23 *NJ* 2002, 195.

24 *NJ* 2000, 16 (kindermishandeling).

25 Zie bijvoorbeeld HR 24 november 2006, *NJ* 2006, 643, waarin het ging om de vraag of de bijzondere objectieve termijn voor milieuschade van art. 3:310 lid 2 BW van toepassing was (dertig jaar), of de algemene objectieve termijn van 3:310 lid 1 BW (twintig jaar). De Hoge Raad beslist terecht, in afwijking van wat feitelijk rechtspraak (zie de Conclusie A-G), dat in dat geval de bijzondere termijn niet geldt. Terecht, om de reden die de Hoge Raad zelf noemt: de bijzondere termijn is met name in het leven geroepen om de veroorzakers van vervuiling te kunnen aanpakken. Degene die niet zelf hebben verontreinigd maar het verontreinigde slechts in het verkeer brengen, behoren niet tot die doelgroep.

verjaringsrecht tot een punt van zorg. Iets is daarover ook in de literatuur al wel opgemerkt. Tjittes schrijft bijvoorbeeld: “Door alle lap- en stopwerk is de consistentie in het verjaringshuis zoek. Een fundamentele heroverweging van ons verjaringsrecht (...) verdient aanbeveling.”²⁶ Maar als gezegd, wat mij betreft wordt het punt met name onder onze aandacht gebracht door de ontwikkelingen in Duitsland en Engeland. Daarom zal ik beginnen met een weergave van de problemen en oplossingen van die jurisdicties.

14.2 Rechtsvergelijking

14.2.1 Duitsland

De Duitse wetgever schrijft in de toelichting bij zijn wetsontwerp onder het kopje “Mängel im System des Verjährungsrechts” het volgende:

“Das geltende Verjährungsrecht zeichnet sich durch eine außerordentliche Vielzahl unterschiedlicher Verjährungsfristen für gleiche oder ähnliche Tatbestände aus. Allein das Bürgerliche Gesetzbuch kennt Verjährungsfristen von sechs Wochen, sechs Monaten, einem, zwei, drei, vier, fünf und dreißig Jahren. Diese Vielfalt wäre hinnehmbar, wenn die Voraussetzungen, unter denen die eine oder andere Frist maßgeblich ist, klar und einleuchtend voneinander abgegrenzt wären. Das ist jedoch (...) nicht der Fall.”²⁷

Met de formulering van het probleem in deze bewoordingen is eigenlijk de oplossing al gegeven: uniformering. Dat is inderdaad wat de Duitse wetgever doet. Hij formuleert, zoals wij eerder in dit boek al zagen, met § 195 (“Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre”) een algemene termijn onder de volgende redengeving:

“Schließlich muss die Regelung des Verjährungsrechts auch der Rechtssicherheit dienen. Sie muss deshalb möglichst einfach und klar sein und muss nicht nur dem Gläubiger und dem Schuldner, sondern auch ihren Rechtsanwälten und den Gerichten praktikable Regeln an die Hand geben, mit denen sich verjährte von unverjährten Forderungen unterscheiden lassen (...) Dem ließe sich nur dadurch entgegenwirken, dass im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit kasuistische und differenzierende Regeln geschaffen werden, die verschiedene Ansprüche verschiedenen Verjährungsfristen unterstellen. Dafür würde jedoch – wie gerade die Erfahrungen mit dem geltenden Recht belegen – ein zu hoher Preis bezahlt, weil jede Abgrenzung zwischen verschiedenen Ansprüchen und den für sie maßgeblichen Verjährungsfristen praktische Probleme schafft, die nur dort in Kauf genommen werden sollten, wo dies aus besonders stichhaltigen Gründen unabweisbar erscheint.”²⁸

26 Tjittes, WPNR 2002, p. 63.

27 Gesetzentwurf 2001, p. 90, l.k.

28 Gesetzentwurf 2001, p. 96 l.k.

De Duitse wetgever merkt op dat zijn benadering overeenstemt met de Principles of European Contract Law.²⁹ Ook die Principles voorzien in een algemene termijn. Article 14:201 luidt: “The general period of prescription is three years.”

Inderdaad lijkt met de *regelmäßige Verjährungsfrist* een vereenvoudiging te zijn bereikt. In de literatuur wordt opgemerkt dat er niet veel veranderd is in die zin dat vroeger de dertigjaarstermijn gold tenzij er een bijzondere regel was en dat nu de driejaarstermijn geldt tenzij er een bijzondere regel is, maar dat er wel een belangrijke wijziging is als men de zaak getalsmatig benadert. De vroegere dertigjaarstermijn “beherrschte nicht das Feld”, omdat er zovele uitzonderingen waren; de nieuwe § 195 daarentegen is “auch aus statistischer Sicht der regelmäßige”.³⁰

Een vereenvoudiging dus, maar totale uniformering lukt ook de Duitse wetgever bepaald niet. Binnen het BGB gelden nog aparte regimes voor *kauf- und werkvertraglichen Mängelansprüche* (twee jaar³¹); in *Bauwerke eingebaute, mangelhafte Sachen* (vijf jaar³²); *Eigentum und anderen dinglichen Rechten; familien- und erbrechtliche Ansprüche* en *titulierte Ansprüche* (dertig jaar³³) en voor *Ansprüche auf Rechte an einem Grundstück* (tien jaar³⁴). Bovendien bestaat er ook een groot aantal buiten het BGB gelegen, maar wel op privaatrechtelijke relaties betrekking hebbende verjaringsregelingen. Een niet-uitputtende opsomming:³⁵ vervoersrecht, arbeidsrecht, huurrecht, aanneming van werk, garanties, insolventierecht, bouwrecht. Voorkomende termijnen zijn drie maanden, zes maanden, een jaar, twee jaar, drie jaar, vier jaar, vijf jaar, tien jaar, dertig jaar. Ook zijn er vorderingen die nooit verjaren.

Het is voor een buitenlandse onderzoeker, als relatieve buitenstaander, niet mogelijk uitspraken te doen over het succes van de Duitse verjaringsherziening. Dat is ook niet nodig. Nuttig zal al blijken te zijn de constatering dat in Duitsland de verjaringsrechtelijke verbodskeling onaanvaardbare proporties had aangenomen, de verjaringsherziening verbetering lijkt te hebben gebracht door introductie van een algemene verjaringsregel, maar de Duitse wetgever aan een zekere mate van differentiatie toch niet heeft kunnen ontkomen. Wellicht kan tot nadere illustratie dienen het volgende citaat uit het voorwoord van een Duits praktijkboek over verjaring:

“Der Gesetzgeber hat es der Rechtspraxis überlassen, die betreffende ansprüche darauf zu überprüfen ob eine verjährung in der neuen dreijährigen frist angemessen ist. (...) So begrüßenswert diese Möglichkeit, angemessen Lösungen für die betreffenden Fälle zu finden auch ist, so weit ist noch der weg zu Verjährungsrechtlicher Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Zivilrecht.”³⁶

29 Gesetzentwurf 2001, p. 96 r.k.: “Der Entwurf übernimmt in weiten Teilen das Verjährungsmodell der Principles of European Contract Law, die die Kommission für Europäisches Vertragsrecht – sog. Lando-Kommission – im Februar 2001 verabschiedet hat (...)”.

30 Staudinger-Peters (2004), § 195 Rnr 1 en 2.

31 § 438 Abs. 1 Nr. 3 und § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB-RE.

32 § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB-RE.

33 § 197 Abs. 1 BGB-RE.

34 § 196 BGB-RE.

35 Een drie pagina's tellend overzicht is te vinden bij Staudinger-Peters (2004), § 195 Rnr 45-57.

36 Birr (2006), p. 6.

14.2.2 Engeland

“There should be a comprehensive review of the law on limitation periods with a view to its simplification and rationalisation.”,³⁷ zo staat te lezen aan het begin van de Consultation Paper van de Law Commission. Geïllustreerd aan de hand van een aantal sprekende casusposities schrijft hij vervolgens:

“The present law on limitation (...) lacks coherence. This reflects its development in an ad hoc way over a long period of time. The limitation period applicable to actions for personal injury will depend on whether that injury is inflicted deliberately or negligently. The traditional rule for actions in tort now applies to only a minority of tort actions because so many exceptions have been grafted on to it: actions for personal injuries, defamation, and consumer protection among others, are all governed by separate and different regimes. And deliberate concealment can stop a period running but cannot suspend it once it has started to run. Closely linked to the law’s ‘unevenness’ is its needless complexity. At a general level, to have so many different regimes can present a trap for the unwary and renders the law largely unintelligible to lay people. More specifically the provisions on, for example, breach of trust and on the meaning of “knowledge” in personal injury and latent damage and under the Consumer Protection Act 1987 are very complicated. Simplification is both necessary and achievable.”³⁸

Van de door de Law Commission beschreven illustrerende casusposities is hier bijvoorbeeld te noemen de zaak waarin de vordering tegen de misbruikende oom al wel, maar de vordering tegen de niet-ingrijpende moeder nog niet verjaard was. De vordering tegen de oom viel onder *trespass to the person*. Voor die actie gold een verjaringstermijn van zes jaar na de 18^e verjaardag van het slachtoffer. De vordering tegen de moeder viel onder *the tort of negligence*. Voor die actie gold een termijn van drie jaar na bekendheid met de *disorder* als gevolg van het misbruik. De Law Commission noemt meer van dit soort inconsistenties.

Net als de Duitse wetgever, ziet de Law Commission de oplossing in de introductie van een algemene verjaringsregeling, het zogenaamde *core limitation regime*. Dat voorziet in een subjectieve termijn van drie jaar. Over het toepassingsbereik van het *core limitation regime* merkt de Law Commission op:

“We recommend that the (...) core regime should apply without any qualification to the following actions:

- (1) tort claims (except for personal injury claims, and conversion claims);
- (2) contract claims (on both simple contracts and specialties);
- (3) restitutionary claims;
- (4) claims for breach of trust and related claims, including claims in respect of the personal estate of a deceased person;¹⁸
- (5) claims on a judgment or arbitration award; and

³⁷ Law Commission (1998), p. 1.

³⁸ Law Commission (1998), p. 2.

(6) claims on a statute.”

(...)

The core regime will be modified in its application to claims in respect of personal injuries.”³⁹

Op een aantal andere gebieden is het core limitation regime weliswaar ook van toepassing, maar met een aantal *qualifications* (in de betekenis van: aanpassingen):

“We also recommend that the core regime should extend, but with some qualifications, to the following claims:

- (1) claims under the Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 and the Fatal Accidents Act 1976;
- (2) claims under the Consumer Protection Act 1987;
- (3) conversion;
- (4) claims by a subsequent owner of damaged property;
- (5) claims for a contribution or an indemnity;
- (6) claims in relation to mortgages and charges; and
- (7) claims under the Companies Act 1985 and insolvency proceedings.”⁴⁰

Langs deze weg hoopt de Law Commission zijn streven het verjaringsrecht te vereenvoudigen, te verwezenlijken. Net als gold voor de Duitse hervorming, is het niet mogelijk werkelijk inhoudelijk over die poging te oordelen. Maar ook hier leert de meer afstandelijke waarneming al wel iets. De Law Commissions’ schets van de grillige historische groei van het verjaringsrecht, alsmede de door hem genoemde inconsistenties, wekken de indruk dat de toestand ook wel echt zorgelijk was. Allicht zal dus een weldoordachte structurele herziening van het verjaringsrecht een verbetering betekenen. Maar dat het nu met de complexiteit van het Engelse verjaringsrecht helemaal gedaan is, is misschien toch ook weer te optimistisch. Opnieuw zien wij dat de ‘hoofdverjaringsregel’ het niet zonder uitzonderingen kan stellen. De door de Law Commission voorgestelde Draft Limitation Bill telt maar liefst 25 dikbedrukte pagina’s; een belangrijk deel daarvan ziet op uitzonderingen op en nuanceringen van de hoofdregel.

14.2.3 De PECL

De PECL voorzien in één algemene termijn van drie jaar (Article 4:201). Die hoofdregel lijkt mij gelukkig gekozen: hij sluit aan bij de landen om ons heen en er bestaan, zoals ik eerder betoogde,⁴¹ ook inhoudelijk overwegingen om hem te aanvaarden.

Er is evenwel een aspect dat mij doet betwijfelen of de PECL aan ons denken werkelijk richting kunnen geven. Die twijfel ziet op de verwachting dat de hoofdregel het nagenoeg zonder – met namelijk slechts één – uitzonderingen zou kunnen doen.

³⁹ Law Commission (2001), p. 6.

⁴⁰ Law Commission (2001), p. 6.

⁴¹ §§ 4.1-4.4.

Dat is geen onbelangrijk aspect als wij het hebben over de structuur van het verjaringsrecht. De toelichting op de algemene driejaarstermijn gaat onder het volgende parool:

“A prescription regime has to be as simple, straightforward and uniform as possible. This is why the Principles lay down a general period of prescription covering all claims arising within the law of obligations.”⁴²

Het eerste wat aan deze passage opvalt, is zijn pleonastische karakter. Natuurlijk, het verjaringsrecht moet *as simple, straightforward and uniform as possible* zijn. Maar is er één rechtsregel waarvoor dat niet geldt? In het nadere commentaar staat het volgende:

“If prescription rules are to conform to the general policy objectives mentioned [eerder in de PECL; JLS], they cannot attempt to provide the best possible regime for each individual type of claim but must be applicable as broadly as possible. In particular, they have to take account of the need for clarity, certainty and predictability which is jeopardised by any unnecessary complexity.⁴³ Thus, on balance, it is better to have a regime that does not suit all claims equally well than one that makes it difficult for debtors as well as creditors to assess their position and adjust their behaviour accordingly.”⁴⁴

Met andere woorden: soms is een uitzondering vanuit de individuele partijverhouding beschouwd misschien geweest, maar door het maken van uitzonderingen wordt het verjaringsrecht complexer en dat moet tegen elke prijs – die prijs is: gerechtigheid in de individuele verhouding – voorkomen worden.

Dat offer wordt hier wat mij betreft te gemakkelijk aanvaard. Stel dat er een goede reden bestaat om vanwege bijvoorbeeld de hoge transactiefrequentie in, zeg, de scheepvaartbranche een termijn van één jaar te hanteren (zoals nu in Nederland inderdaad gebeurt); stel dat wij vinden dat in familieverhoudingen partijen niet gedwongen moeten zijn hun recht binnen zekere termijn af te dwingen en daar dus een lange termijn zou moeten gelden (zoals nu in Nederland inderdaad het geval is). Moet dan in dergelijke relaties een regel gelden die geen recht doet aan de partijverhouding, terwijl er misschien een heel goed af te bakenen eigen verjaringsregel te verzinnen is? Het lijkt mij niet.

Ik vraag mij ook af of het toeval is dat totale simplificatie van het verjaringsrecht alleen slaagt in het laboratorium van de PECL en nooit in codificaties van vlees en bloed. Ook de Duitse, de Engelse en de Nederlandse wetgever zullen er naar gestreefd hebben hun verjaringsrecht *as simple, straightforward and uniform as possible* te krijgen, maar toch zien we daar aan het eind van het herzieningsproces nog een hele

42 PECL Part III, p. 162.

43 Toegevoegde noot: deze formulering is ongelukkig omdat “unnecessary complexity” natuurlijk nooit goed is. Het probleem schuilt in de vraag, om zo maar te zeggen, wat necessary en wat *unnecessary* complexiteit is.

44 PECL Part III, p. 163.

trits bijzondere termijnen.⁴⁵ Van een afstand bezien lijkt het misschien mogelijk het hele verjaringsrecht uit één regel te laten bestaan. Maar de *devil is in the detail*; Duits, Engels en ook Nederlands recht suggereren dat bij de uitwerking van een verjaringsregime een bepaalde mate van differentiatie niet te vermijden is.⁴⁶

Tot slot – en enigszins terzijde – is naar ik meen de enige uitzondering die de PECL dan wel toestaan nog ongelukkig gekozen. Het betreft als gezegd vorderingen die in rechte zijn vastgesteld. Daarvoor geldt een termijn van tien jaar. Waarom?

“A claim established by judgment is as firmly and securely established as possible and is thus much less affected by the “obfuscating power of time” than other claims. Moreover, the creditor has made it abundantly clear that the claim is seriously pursued; the debtor knows that payment is still required.”⁴⁷

Gegeven de straffe taal over de noodzaak de algemene termijn alle vorderingen te laten beheersen, zou deze passage een soort gekwalificeerde noodzaak tot het maken van een uitzondering moeten blootleggen. Ik kan die er niet in vinden. Waarom zou *niemand* meer dan drie jaar straffeloos op zijn recht mogen blijven zitten, *behalve* de bezitter van een executabel vonnis? Voor het geldend maken van zijn recht bestaat geen beletsel, integendeel, men verwezenlijkt zijn recht zelden zo gemakkelijk als met een vonnis in de hand. De hobbel van het voeren van een procedure hoeft de crediteur niet meer te nemen. Moeilijk valt in te zien waarom hij dan voor de verwezenlijking van zijn voor het grijpen liggende recht per se tien, in plaats van drie jaar de tijd moet krijgen; de driejaarstermijn treft hem bepaald niet harder dan andere crediteuren.⁴⁸

45 Zie wat Nederland betreft Snijders, *NJB* 2007, p. 11: “In de periode dat ik mijn eerste stappen op het glibberige pad van de hercodificatie zette, was de bedoeling in het vermogensrecht tot een consistent systeem van korte verjaringstermijnen te komen, uitgaande van drie jaar als basistermijn met een sterke nadruk op de rechtszekerheid. (...) Maar het proces van verbrokkeling is hier nog tijdens het werk aan de hercodificatie van dit deel van het privaatrecht op spectaculaire wijze ingezet en is nog steeds niet geheel tot rust gekomen. Het resultaat is een enorme groei van verjarings- en vervaltermijnen van uiteenlopende lengte (...)”

46 Voor zover Schelhaas, *NTBR* 2005, betoogt dat één algemeen toepasselijke verjaringstermijn de voorkeur heeft ben ik het met haar eens. Om in de hoofdtekst genoemde redenen ben ik over de PECL minder enthousiast dan zij.

47 PECL Part III, p. 166.

48 Omdat de onderhavige kwestie niet de kern van deze paragraaf betreft, vervolg ik in de voetnoot. In de hoofdtekst werd betwist dat een aparte termijn noodzakelijk is, gelet op de positie van de crediteur. Zijn gelijke belang ten opzichte van andere crediteuren is wat mij betreft inderdaad het doorslaggevende argument tegen een begunstigend bijzonder regime. Ten overvloedige toch ook nog een woord over de positie van de debiteur.

Neemt het belang van de debiteur bij verjaring in wezenlijke mate af in geval van een *claim established by judgment*? Inderdaad hoeft over de aan het vonnis ten grondslag liggende vordering niet meer getwist te worden, maar wél over de vraag of dat vonnis misschien op enig moment voldaan is: “Al ontving hij een kwitantie, ook een goed huisvader gooit wel eens wat weg” (Valk, diss. p. 70). Het bewijs dat laat ons zeggen acht jaar geleden een veroordelend vonnis is voldaan, zal niet gemakkelijk te leveren zijn. Bovendien: de teloorgang van zijn bewijspositie was maar één van de belangen van de debiteur bij verjaring. Net zo belangrijk is zijn “rechtszekerheidsbelang”. Inderdaad,

Als men al een bijzondere regel zou willen maken, dan zou die daarom wat mij betreft zelfs eerder in een kortere dan in een langere termijn moeten voorzien. Zie ook het volgende citaat uit het *Report* van de Law Commission:

“The Construction Industry Council, the Constructors’ Liaison Group and the Construction Confederation each expressed the view (in connection with claims on a judgment or arbitration award) that three years was too long, as all the parties concerned would be well aware of the position.”⁴⁹

Maar goed, terug naar de verbrokkeling van het Nederlandse verjaringsrecht.

14.3 Het valt met de mate van verbrokkeling van het Nederlandse verjaringsrecht misschien toch mee

Wat valt uit de ontwikkelingen in de landen om ons heen te leren? Iets wat na enig nadenken eigenlijk niet verrast: enerzijds kan verjaringsrecht in de loop der tijd in onaanvaardbare mate inconsistent, onsamenhangend en nodeloos complex raken, anderzijds schijnt haar totale vereenvoudiging een idee-fixe. Het lijkt bij de beoordeling van een verjaringsregime dus een kwestie van gradaties te zijn: een verjaringsregime is niet óf wel óf niet verbrokkeld, maar is in meer of mindere mate verbrokkeld. Helemaal uniform is het nooit, en als het een bepaalde ‘verbrokkelingsgraad’ overstijgt, moet het worden herzien. Waarschijnlijk geldt deze observatie niet alleen voor de verjaring, maar dat hier terzijde.

De vraag is dus niet óf het Nederlandse verjaringsrecht verbrokkeld is – dat is het – maar of een kritische grens is overschreden. Wat ik hieronder ga opmerken is in zekere zin te beschouwen als pendant van de inleiding: daar werd het probleem stevig op de kaart gezet, hierna volgt, mede ontleend aan buitenlandse ontwikkelingen, een aantal relativerende opmerkingen.

Ik besprak in de inleiding twee aspecten van verbrokkeling. Ten eerste beschreef ik twee categorieën bijzondere verjaringsregels: die van titel 3:11 en die daarbuiten gelegen. Ten aanzien van beide stelde ik het kwalificatieprobleem aan de orde: (i) onduidelijk kan zijn welk van de art. 3:307 – 3:311 BW van toepassing is en (ii)

“the creditor has made it abundantly clear” dat nog betaald moet worden. Maar zou een procedure het de debiteur werkelijk scherper duidelijk maken dat het de crediteur nog menens is dan, bijvoorbeeld, de expliciete aanmaning? Bevestigende beantwoording van die vraag veronderstelt logischerwijze dat de expliciete aanmaning nog ruimte voor twijfel laat – anders kan de procedure immers niet tot *scherper* besef leiden. Voor die veronderstelling lijkt mij echter geen grond te bestaan.

Overigens is Schelhaas minder kritisch ten aanzien van de uitzondering voor vorderingen die in rechte zijn vastgesteld: “It is justified to maintain a longer prescription period for claims established by legal procedures, for the reasons summarized in the PECL Comment.” (Schelhaas e.a. (2006), p. 188).

49 Law Commission (2001), p. 158. Niettegenstaande deze zorgen wil uiteindelijk de Law Commission, wat mij betreft terecht, de onderhavige vorderingen toch aan het core regime onderwerpen, onder andere omdat *eighty per cent of consultees* daar voor is.

onduidelijk kan zijn of een van de art. 3:307 – 3:311 BW van toepassing is of een andere bijzondere bepaling. Ten tweede benoemde ik de dreigende inconsistentie van het verjaringsrecht.

Wat het eerste punt, sub (i) betreft: In de parlementaire geschiedenis staat: “Door dat volgens de artikelen 3.11.11-13aa [huidige art. 3:307 – 3:311; JLS] één zelfde termijn geldt, worden in deze gevallen die in het grensgebied van die artikelen liggen, afgrenzingsmoeilijkheden vermeden.”⁵⁰ Wat minder benadrukt in de parlementaire geschiedenis, maar net zo belangrijk, is dat ook aan het aanvangsmoment van de verschillende vijfjaarstermijnen dezelfde gedachte ten grondslag ligt: de termijn begint te lopen zodra de crediteur in staat is actie te nemen. Die gelijkenis doet af aan het belang van de kwalificatievraag en maakt het risico op inconsistente resultaten klein.

Dit laat zich bijvoorbeeld illustreren aan de hand van HR 10 december 2004.⁵¹ In die zaak spreekt een vrouw haar broer aan op grond van onverschuldigde betaling en onrechtmatige daad wegens het ten onrechte overboeken van een bedrag van haar rekening. De vordering op grond van onverschuldigde betaling wordt verjaringsrechtelijk beheerst door art. 3:309 BW, de vordering uit onrechtmatige daad door art. 3:310 BW. Rechtbank en hof achten op grond van beide artikelen de vordering verjaard, de Hoge Raad oordeelt daarentegen dat de vordering op grond van geen van de twee artikelen verjaard is. Die gelijklopende verjaringsbeoordeling van de vordering onder 3:309 en 3:310 lijkt geen toeval.⁵² Het staat er niet met zoveel woorden, maar de motivering van de Hoge Raad ten aanzien van beide artikelen komt erop neer dat de vijfjaarstermijn pas aanvangt op het moment dat de vrouw in staat was te vorderen.⁵³

Dan over het eerste punt, sub (ii), betreffende de mogelijke verwarring over toepassing van bepalingen binnen of buiten afdeling 3:11. Wellicht lijkt het ook hier erger dan het is. In de eerste plaats schijnt het aantal bepalingen aanzienlijk, maar zo erg als het bijvoorbeeld bij onze oosterburen was, is het nog lang niet. In het kader van de herziening van het Duitse recht werd namens een verzekeraar opgemerkt dat een kwart van de aanspraken onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering betrekking had op het laten verstrijken van verjarings- en vervaltermijnen.⁵⁴ Vervolgens:

50 Parl. Gesch. Inv., p. 1409.

51 *NJ* 2006, 116, nt.

52 Net zo min overigens als het toeval lijkt dat in beide feitelijke instanties beide verjaringsartikelen tot dezelfde uitkomst leidden. Zie ook Schelhaas, *NTBR* 2005, p. 525: “Ook de onderhavige uitspraak toont dat het aanvangsmoment van de verjaringstermijn bij een schadevergoedingsvordering en een actie uit onrechtmatige daad, niet veel verschilt”.

53 Dat de Hoge Raad de woorden “daadwerkelijk in staat” ten aanzien van art. 3:310 niet gebruikt noemt Du Perron in zijn noot opmerkelijk, gegeven immers zijn eerdere standaardarrest waarin die frase wel staat (HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112). Hij meent evenwel dat daaruit geen koerswijziging moet worden afgeleid. Ik ben het op beide punten met hem eens.

54 Daaronder niet begrepen de processuele termijnen; over de *Verjährungs- oder Ausschlussfristen* wordt opgemerkt: “Es stellt sogar die Versäumung von prozessualen Fristen in den Schatten”.

“Ich habe einmal in unserer Schadenkartei danach gesucht, was für Verjährungs- oder Ausschlussfristen eigentlich zu Schäden geführt haben, und ich bin insgesamt auf rund 200 verschiedene Regelungen gekommen, die bei uns schon schadenträchtig geworden sind.”⁵⁵

Aannemende dat deze verzekeraar een redelijk adequate telling heeft verricht, ligt ons aantal termijnen toch in een heel andere orde van grootte. In de tweede plaats, nog steeds over de kwalificatiekwestie door ‘de vele’ verjaringsbepalingen buiten 3:11: de Duitse wetgever schreef dat een groot aantal verjaringstermijnen op zichzelf niet problematisch hoeft te zijn, zolang de toepassingsgebieden van die termijnen duidelijk van elkaar zijn afgegrensd. Ten aanzien van het Duitse recht luidde de conclusie ondubbelzinnig dat aan die voorwaarde niet was voldaan. Of die conclusie ook geldt voor het Nederlandse recht valt mijns inziens te betwijfelen. Non-existent is het probleem niet; ik noemde de zaak waarin toepasselijkheid van óf 3:310 lid 1 óf 7:23 lid 2 aan de orde was en een aantal andere voorbeelden. Maar het is voor zover mij bekend niet zo dat dergelijke problemen aan de orde van de dag zijn. Mijn indruk is dat vooralsnog niet genoeg aanwijzingen bestaan voor de stelling dat de onvoldoende afgrenzing van verjaringsregels het Nederlandse verjaringsrecht diskwalificeert.⁵⁶

Dan het tweede aspect van verbrokkeling dat ik noemde, de dreigende inconsistentie van het verjaringsrecht. Opnieuw, denkend in termen van gradaties: zo zorgelijk als in bijvoorbeeld Engeland, lijkt het bij ons echt nog niet te zijn. Daar bestond zoals wij zagen (i) een willekeurige onderscheid tussen groepen vorderingen die wel en groepen vorderingen die niet door een subjectieve termijn worden beheerst, en (ii) een wirwar van naar willekeur aan verschillende vorderingen toegekende termijnen die het, zoals wij zagen, mogelijk maakte dat de vordering tegen de misbruikende oom al wel, maar tegen de stilzittende moeder nog niet verjaard was. Die twee aspecten lijken mij aanzienlijk ernstiger dan dat er, bijvoorbeeld, onverklaarbare verschillen zijn in stuitende werking van onderhandelingen binnen en buiten de WAM of in aanvangsmoment bij milieuschade en andersoortige schade – meer voorbeelden van

⁵⁵ Karlsruher Forum 1991, p. 16.

⁵⁶ Het voorgaande staat bloot aan de methodologische kritiek dat aan mijn conclusie geen empirisch onderzoek ten grondslag ligt, zodat ik, het juridische betoog ten spijt, helemaal niet kan weten of in de rechtspraktijk kwalificatieproblemen wel binnen de perken blijven. Ik kan tegen die kritiek uitsluitend het klassieke argument inbrengen dat de niet-empirisch onderzoekende rechtswetenschapper de praktijk tot op zekere hoogte toch wel gewaar wordt, doordat de praktijk zich weerspiegelt in de rechtspraak en (door praktijkjuristen geschreven) literatuur. Uit die bronnen volgt de falsificatie van mijn conclusie niet: er is weinig ‘samenlooprechtspraak’ en in de doctrine loopt men niet te hoop tegen het overvloedige aantal termijnen. Van der Wiel (advocaat), wijdt een publicatie aan de samenloop van termijnen, maar nergens wordt in die publicatie gesuggereerd dat het probleem zich in overvloedige mate voordoet (*BWKJ* 2004); Van Dijk (advocaat) ageert wel tegen bepaalde aspecten van het nieuwe verjaringsrecht, maar niet tegen het probleem van kwalificatie als zodanig (Van Dijk, *NJB* 2007); Andriessen (advocaat) besluit zijn artikel over termijnen in het arbeidsrecht niet met de stelling dat de arbeidsrechtadvocaat door de bomen het bos niet meer ziet (Andriessen, *Arbeidsrecht* 2005).

Maar inderdaad, écht bewezen is de voldoende uniformiteit en coherentie van het Nederlandse verjaringsrecht met het bovenstaande niet. Mijn conclusie mag daarom ook wel begrepen worden als uitnodiging aan de praktijk om, zo daartoe grond bestaat, een tegengeluid te laten horen.

Nederlandse inconsistenties zijn nog wel te verzinnen,⁵⁷ maar naar ik meen niet van veel ernstiger aard.

Al met al lijkt dus de verbrokkeling van het Nederlandse verjaringsrecht nog geen kritische graad te hebben bereikt. Er zijn kwalificatieproblemen, er zijn inconsistenties, maar zij lijken voor het oordeel dat het Nederlandse verjaringsrecht niet meer voldoet, onvoldoende zwaarwegend. Ik teken bij die constatering aan, dat het hier niet een kwestie betreft die zich leent voor echte ‘bewijsvoering’; wat men van de verbrokkelingsgraad van ons verjaringsrecht vindt, is uiteindelijk een kwestie van waardering.

Hoe dan ook, de Duitse en de Engelse verjaringsgeschiedenissen maken ons duidelijk dat het verjaringsrecht onvoldoende uniform en coherent k n raken. Gegeven de onwaarschijnlijkheid dat het Nederlandse verjaringsrecht van vandaag op morgen fundamenteel wordt herzien, doet dat besef de vraag rijzen hoe wij in de toekomst verdere verbrokkeling zo veel mogelijk kunnen afwenden. Daarover gaat de volgende paragraaf.

14.4 Mogelijkheden tot afwending van nadere verbrokkeling

14.4.1 Inleiding

In de vorige paragraaf werd geconcludeerd dat in termen van kwalificatieproblemen en inconsistenties ons verjaringsrecht de kritische grens die in Duitsland en Engeland overschreden was, nog niet heeft bereikt. Maar wat niet is, kan nog komen. De mate waarin dat proces voortschrijdt, wordt bepaald door de wetgever en de rechter. Het volgende gaat over hun beider mogelijkheden de verbrokkeling te vertragen.

14.4.2 De wetgever

Een zeer voor de hand liggende gedachte is dat de wetgever alleen een bijzondere verjaringsregel in het leven roept als daartoe werkelijk de noodzaak bestaat. Met betrekking tot de lengte van de termijn is er denk een belangrijke mogelijkheid tot behoud van samenhang. Die mogelijkheid is gelegen in de breed gedragen opvatting dat de lengte van een verjaringstermijn tot op zekere hoogte willekeurig is. Dat, om zo maar te zeggen, de rechtvaardigheid ons hier niet tot op de millimeter dicteert, vereenvoudigt het bewaken van de eenheid: als het er toch niet heel precies toe doet, kunnen we het net zo goed overal hetzelfde doen.

Uiteraard geldt dit argument niet grenzeloos. De noodzaak om tóch te differentiëren kan in verdragsrechtelijke verplichtingen gelegen zijn (denk aan bijvoorbeeld de WAM en de productenaansprakelijkheid) maar ook in inhoudelijke overwegingen.⁵⁸ Ik noem

57 Onverklaarbaar is bijvoorbeeld ook waarom voor ‘bekendheid’ in het kader van de art. 3:309 – 3:311 BW subjectief wordt opgevat, terwijl dat begrip in het kader van art. 7:23 BW objectief is gedefinieerd.

58 Zie nader over de lengte van termijnen §§ 6.1 – 6.4.

twee voorbeelden, één waarin mij een bijzondere regel min of meer onontkoombaar lijkt (de dwangsom) en één waarin dat niet zo is (de in rechte vastgestelde vordering). Eerst de dwangsom.

Art. 611g Rv. bepaalt dat de dwangsom verjaart zes maanden na de dag waarop deze is verbeurd. Bepoelt is dat die zesmaandentermijn ongelukkig is, en hier de algemene vijfjaarstermijn zou moeten gelden.⁵⁹ In termen van overzichtelijkheid en eenvoud van het verjaringsrecht, is die suggestie zonder meer te omarmen. Toch zou ik daar uiteindelijk geen voorstander van zijn, om de volgende redenen.

Met name in die situaties waarin partijen geen relatie met elkaar hebben, is een verjaringsstermijn van meerdere jaren te billijken. Er zijn daar over het algemeen geen redenen waarom de crediteur voortvarendheid zou moeten betrachten bij het innen van zijn vordering. Daar staat tegenover dat in de contractuele sfeer, met name in geval van wanprestatie, van de crediteur een vrij grote handelingssnelheid wordt verwacht. Volgens de art. 6:89 en 7:23 BW, moet hij binnen “bekwame tijd” tegen een gebrek in de prestatie protesteren. Dat betekent volgens de wetsgeschiedenis een reactie “op korte termijn” of “met spoed”. Over het algemeen moet men dan denken aan een termijn van enkele maanden.

Het verschil tussen die termijnen – de vijfjaarstermijn en de termijn van enkele maanden – is te verklaren doordat in contractuele relaties het niet-handelen kort na de wanprestatie veel betekenisvoller is dan het niet-handelen buiten contract. Als, kort gezegd, de crediteur het kort na de gebrekkige levering gelegen moment om te reageren mist, verwerkt hij zijn recht. Buiten contract is een zo uitgesproken moment er niet, en doet de rechtsverwerkingsgedachte pas na veel langere tijd opgeld.⁶⁰

Wat is van dat alles de betekenis in het kader van de dwangsom? Ook bij de dwangsom zijn er, net als bij de wanprestatie, naar mijn mening redenen om van de crediteur een hogere handelingssnelheid te verwachten. Men mag aannemen dat de

59 Beekhoven van den Boezem, diss. p. 349. Zij meent op p. 304, evenals Huydecoper in zijn conclusie voor HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 551, dat de motivering van de zesmaandentermijn in de Toelichting op het Beneluxverdrag niet overtuigt. Die toelichting luidt: “Het zou met de bedoeling van de dwangsom en met de billijkheid in strijd zijn, indien men aan de schuldeiser zou toestaan door stil te zitten de dwangsommen te laten oplopen totdat zij een onevenredige hoogte zouden hebben bereikt. Vandaar dat het wenselijk is ten aanzien van verbeurde dwangsommen een verjaringsstermijn op te nemen, welke door artikel 7 lid 1 op zes maanden wordt gesteld.” Beekhoven van den Boezem en Huydecoper zijn van oordeel dat deze motivering alleen een rechtvaardiging biedt voor de korte zesmaandentermijn als de dwangsom periodiek of per overtreding wordt verbeurd en daardoor kan oplopen terwijl de crediteur stilzit; zij biedt geen rechtvaardiging voor die gevallen waarin de dwangsom eenmalig wordt verbeurd of het maximum aan verbeurde dwangsommen is bereikt voor de verjaringsstermijn voltooid is.

Op zichzelf ben ik het met deze kritiek eens. Ik zou zelfs geneigd zijn het nog harder te formuleren: als instrument ter voorkoming van het tot grote hoogte oplopen van dwangsommen is de verjaring volkomen ongeschikt, al was het maar omdat de verjaring veel te weinig precies is.

Maar dat de motivering van een regel niet overtuigt, wil niet zeggen dat die regel op zichzelf niet juist zou zijn; wellicht is er wel een overtuigende motivering, maar heeft de wetgever die niet verwoord. Daarom de zesmaandentermijn naar mijn oordeel wel deugt, heb ik geprobeerd in de hoofdttekst uiteen te zetten.

60 Zie nader over het rechtsverwerkingskarakter van de art. 6:89 en 7:23 BW § 28.8.2.

eiser scherpe aandacht heeft voor het al dan niet conform het rechterlijk oordeel handelen van de debiteur, gegeven (i) de hogelijk contentieuze sfeer waarin partijen, nu zij hun conflict tot voor rechter hebben gevoerd, per definitie verkeren en (ii) het feit dat er kennelijk termen aanwezig waren de hoofdveroordeling met een dwangsomveroordeling te versterken. De debiteur zal op zijn beurt ook verwachten dat zijn handelen nauwlettend in de gaten wordt gehouden. Met dat gespannen momentum verhoudt zich niet dat de eiser rustig achterover gaat zitten en in plaats van binnen een aantal maanden na, zeg, drie jaar nog eens laat weten dat wat hem betreft de gedaagde in strijd met de veroordeling heeft gehandeld.

Gesteld in de schoenen van de wetgever zou ik hier dus inderdaad de bijzondere termijn van art. 611g Rv. handhaven. Belangrijke overwegingen zijn (i) de wat mij betreft nogal sterke rechtvaardiging voor het bestaan van een bijzonder regime en (ii) dat het begrip ‘dwangsom’ zich heel gemakkelijk laat definiëren waardoor nauwelijks verwarring met andere verjaringsregimes dreigt.

Tot die conclusie zou ik niet geneigd zijn ten aanzien van de in rechte vastgestelde vordering. Wat mij betreft zijn er op zichzelf wel redenen daarvoor een termijn korter dan vijf jaar te hanteren:⁶¹ de eiser heeft het nodig gevonden over zijn vordering te procederen en heeft een executoriale titel waarmee hij direct tot verwezenlijking van zijn recht kan overgaan. Gedurende de procedure zijn er zeer korte, van openbare orde geachte vervaltermijnen van toepassing. Onder die omstandigheden mag meen ik van de crediteur verwacht worden dat hij de ingeslagen weg vervolgt en zijn recht vrij spoedig geldend maakt.

Werkelijk al te klemmend lijkt het mij intussen niet als die vordering tóch aan de vijfjaarstermijn wordt onderworpen. Inderdaad zal nog tamelijk eenvoudig bewezen kunnen worden dat hij werkelijk bestaat, en de crediteur zal, mocht hij willen bewijzen het vonnis te hebben voldaan, daartoe waarschijnlijk ook nog wel in staat zijn – dat geldt overigens niet als een twintigjaarstermijn van toepassing is. Ook de mate waarin zijn rechtszekerheidspositie wordt gekrenkt is, beperkt. Zodoende lijkt mij het uniformiteitsstreven te prevaleren en zou ik een bijzondere termijn afwijzen.

Tot zover de vraag naar bijzondere termijnen. Belangrijker misschien nog dan terughoudendheid bij de introductie van bijzondere termijnen, is dat de wetgever ervoor zorgt, voor zover mogelijk, dat nieuwe verjaringstermijnen steeds zijn gebaseerd op hetzelfde normatieve uitgangspunt. Dat is bij de bevrijdende verjaring veelal heel goed te doen.

Immers, bij de verjaring hebben we tussen de zeer abstracte, onbepaalde billijkheid en de concrete door de wetgever te formuleren rechtsregel een bruikbaar tussenstation. Dat is de eerder geadstrueerde gedachte dat een vordering moet verjaren, (i) een bepaalde periode nadat van de crediteur redelijkerwijze verwacht mocht worden dat

61 Ik onderken het lichtelijk provocatieve karakter van die opmerking, nu thans juist een langere termijn dan de vijfjaarstermijn geldt (art. 3:324 BW), en ook de PECL en Duits recht in een langere termijn voorzien – anders overigens dan de Law Commission, die aanbeveelt *claims on a judgment* te onderwerpen aan the *core regime* met zijn termijn van drie jaar (Law Commission 2001, p. 159). Zie voor mijn betwisting van **de twintigjaarstermijn hiervoor**, § 15.2.3.

hij die vordering instelde – die notie biedt grond voor een korte subjectieve termijn – of, als dat moment decennia op zich laat wachten, (ii) als de feiten waarop de vordering is gebaseerd wegens het bereiken van het bewijsrechtelijke nulpunt niet meer kunnen worden vastgesteld en/of nakoming de door tijdsverloop ontstane status quo nodeloos zou verstoren – die notie biedt grond voor een lange objectieve termijn. Uit die toch al tamelijk ver geconcretiseerde uitgangspunten moet de wetgever zijn nog weer nader op het betrokken vorderingsrecht toegespitste regels spinnen.

Die benadering verkleint het risico op ‘verbrokkelingsschade’ als gevolg van de introductie van een nieuwe bijzondere regel. De kans immers dat verjaringstermijnen zich onderling moeizaam verhouden, is vanwege hun gemeenschappelijke oorsprong gering.

Ik geloof overigens niet dat de bovenstaande alinea’s de wetgever vreemd zullen zijn. In feite komt wat ik hier zeg in hoge mate overeen met mijn eerdere opmerking dat titel 3:11 ogenschijnlijk bijzondere regels geeft, maar dat het vanwege hun gemeenschappelijke normatieve oorsprong en termijn met de differentiatie toch wel meevalt. Te zeggen is dus dat de wetgever de door mij voorgestane tactiek tot behoud van eenheid bij het ontwerpen van het BW, in ieder geval binnen titel 3:11, in zekere zin zelf ook al volgde.

14.4.3 De rechter

Net als de wetgever heeft ook de rechter belangrijke invloed op de eenheid van het verjaringsrecht. Eén poot van de verjaringsregel staat weliswaar buiten zijn discretie, namelijk de verjaringstermijn,⁶² maar zijn antwoord op vragen van bijvoorbeeld de aanvang van de termijn of verjaringsrechtelijke kwalificatie, kunnen wel degelijk verbrokkelen of juist consolideren.

Dat heeft zich in het verleden ook al voorgedaan: consoliderend zijn bijvoorbeeld de beslissingen van de Hoge Raad om (i) de regresvordering van de borg⁶³ en (ii) het zelfstandig regresrecht onder art. 3:310 BW te brengen⁶⁴ en (iii) om het begrip ‘kennis’ zowel in 3:309⁶⁵ als in 3:310⁶⁶ als in 3:311⁶⁷ subjectief op te vatten; verbrokkelend zijn daarentegen zijn beslissingen (i) het begrip gebeurtenis uit art. 3:310

62 Die wordt vastgesteld door de wetgever, hoewel er misschien uitzonderingen zijn. Zo wil de Hoge Raad in Van Hese/De Schelde (HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 m.nt. ARB) de rechter in ogenschouw doen nemen “of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.” Op dat onbepaalde “redelijke termijn” is wel kritiek geuit; niemand weet hoe lang die redelijke termijn nu is. Dat komt de rechtszekerheid (in de zin van voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen) niet ten goede. Wellicht zou de Hoge Raad er goed aan doen hier op enig moment een termijn te bepalen. Zie nader § 22.3.3.

63 HR 4 juni 2004, *RvdW* 2004, 80.

64 HR 31 mei 2002 (Bijlsma/ABP) *RvdW* 2002, 90, nagevolgd door HR 1 april 2005 (Sint Lucas Andreas/ZAO) *RvdW* 2005, 50 voor wat betreft art. 83b Ziekenfondswet.

65 HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 268.

66 HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383 m.nt. HJS onder HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384.

67 HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384.

lid 3 BW niet analogisch op lid 1 toe te passen⁶⁸ en (ii) onderhandelingen buiten de WAM geen stuitende werking toe te kennen⁶⁹ (zij hebben dat binnen de WAM wél).

Ten aanzien van de rol van de rechter bij behoud van eenheid van het verjaringsrecht zou ik niet een wezenlijk ander betoog willen voeren dan ik hiervoor deed ten aanzien van de rol van de wetgever: de eenheid van het verjaringsrecht is erbij gebaat als de rechter aan zijn verjaringsbeslissingen steeds hetzelfde normatieve uitgangspunt ten grondslag legt – wat dat uitgangspunt is, verwoordde ik eerder, onder andere in de vorige paragraaf.

Het verjaringsprobleem dat zich het beste leent ter illustratie van die stelling – ik noemde het al in de opsomming van zojuist – is de kwestie of de regresvordering van de borg valt onder het artikel over de verjaring van vorderingen tot schadevergoeding (art. 3:310 BW), hetgeen toepasselijkheid van een vijfjaarstermijn tot gevolg zou hebben, of dat de regresvordering van de borg valt onder het “vangnetartikel” art. 3:306 BW, hetgeen toepasselijkheid van een twintigjaarstermijn zou meebrengen. In zijn genoemde arrest van 4 juni 2004 besliste de Hoge Raad tot toepasselijkheid van art. 3:310 BW. Hij overwoog daartoe het volgende:

“Zoals is uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 11, moet uit de parlementaire geschiedenis worden afgeleid dat het in artikel 3:310 BW gebruikte begrip “rechtsvordering tot vergoeding van schade” een ruime strekking heeft. De hier aan de orde zijnde regresvordering van de borg die betaald heeft, geeft deze laatste een eigen, zelfstandig recht jegens de hoofdschuldenaar en heeft de strekking te voorkomen dat de schuldenaar ten koste van de borg ongerechtvaardigd wordt verrijkt doordat de borg het door de schuldenaar verschuldigde aan de schuldeiser heeft voldaan. De borg heeft immers de schuld niet overgenomen, maar zich daarvoor slechts garant verklaard. Gelet op dit een en ander moet worden geoordeeld dat de uit artikel 1876 (oud) BW voortvloeiende regresvordering van de borg die betaald heeft, is te beschouwen als een rechtsvordering tot vergoeding van schade als bedoeld in artikel 3:310 BW.”

Naar ik meen is deze beslissing juist, en is deze motivering ook niet ónjuist. Inderdaad lijkt mij de regresvordering geen vordering tot schadevergoeding in enge zin, maar wel in de brede zin te zijn. Toch lees ik in de beslissing van de Hoge Raad niet het wat mij betreft meest fundamentele motief. Waarom willen wij dat art. 3:310 BW met zijn subjectieve “rechtsverwerkingstermijn” van toepassing is en niet art. 3:306 BW met zijn objectieve twintigjaarstermijn? Omdat niet valt in te zien waarom de gewone schuldeiser níét straffeloos schier eindeloos op zijn recht mag blijven zitten en de borg wél. Ook de borg is er, net als de “gewone” schuldeiser, jegens de debiteur toe gehouden, gelet op diens afkalvende bewijs- en rechtszekerheidspositie, op enig moment tot juridische actie te komen. Ook hij verwerkt, in conceptuele zin, zijn recht door niet tijdig te ageren.

68 HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16 (kindermishandeling).

69 HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 195.

Anders gezegd: had de Hoge Raad het algemene art. 3:306 BW toegepast, dan had voortaan belangrijk verjaringsrechtelijk onderscheid bestaan tussen de gewone crediteur en de crediteur-borg. Bij gebreke van een inhoudelijke rechtvaardiging voor dat onderscheid, was daarmee de inconsistentie van ons verjaringsrecht nodeloos toegenomen.⁷⁰

Ik weet niet goed in hoeverre rechters het “eenheidsargument” hanteren. Natuurlijk heeft met name de Hoge Raad bij al zijn beslissingen mede de rechtseenheid voor ogen. Veelal zal hij het ook gewicht toekennen zonder dat nadrukkelijk op te merken. Dat kan bij de voornoemde beslissing ook heel goed het geval zijn geweest. Aan de andere kant is het opvallend dat hij in het kader van het verjaringsrecht een soort “eenheidsrationale” nooit geëxpliciteerd heeft, terwijl hij dat elders soms toch wel doet. Heel dicht bij huis bijvoorbeeld: in een arrest over het aanvangsmoment van de subjectieve termijn van 3:310 in geval van regres noemt hij de voorkoming van een “moeilijk te verklaren verschil” als motief voor zijn beslissing. De voorkoming van dat “moeilijk te verklaren verschil” strekt echter niet tot behoud van eenheid binnen het *verjaringsrecht*, maar tot behoud van eenheid binnen het *regresrecht*.⁷¹

Noemenswaard in dit verband is dat ook niet vaststaat in hoeverre de Hoge Raad en rechters meer in het algemeen zich van de hiervoor verdedigde gemeenschappelijke normatieve oorsprong van verjaringsregels bewust zijn, of, sterker nog, deze ook maar onderschrijven. Ook nu nog is niet gezegd dat de Hoge Raad de door mij verdedigde rechtsverwerkingsgedachte aanvaardt. Waarschijnlijk is zelfs dat hij dat tot het Saelman-arrest van 31 oktober 2003 *niet* deed. Tegen die achtergrond heeft het weinig zin oudere verjaringsuitspraken op dit punt te onderzoeken.

Gegeven deze onzekerheden kan ik tot slot van deze paragraaf niet veel meer doen dan persisteren bij mijn inleidende opmerking: de rechter kan nodeloze verbrokkeling van ons verjaringsrecht zo veel mogelijk voorkomen door verjaringsregels te interpreteren vanuit dezelfde normatieve basis.

14.5 Conclusie

De geschiedenissen van het Duitse en Engelse recht, waar door de rechtsontwikkeling het verjaringsrecht naar de algemene opvatting door inconsistenties en te grote com-

70 Een vergelijkbare redenering zou ik kunnen voeren ten aanzien van de beslissing van de Hoge Raad het regresrecht krachtens zelfstandig wettelijk recht onder art. 3:310 BW in plaats van art. 3:306 BW te scharen; ook daar pakt de beslissing goed uit, en ook daar had de motivering wellicht meer op de tekortschietende grond voor het maken van onderscheid geënt kunnen zijn.

71 De beslissing dat in geval van regres krachtens zelfstandig wettelijk recht net als bij regres krachtens subrogatie de aansprakelijke partij de regresvordering niet langer tegen zich gericht kan krijgen dan de ‘oorspronkelijke’ vordering: “(...) wordt mede hierdoor gerechtvaardigd dat aldus geen moeilijk te verklaren verschil bestaat met de situatie waarin degene die de door de getroffen geleden schade heeft vergoed en op grond van artikel 284 WvK wordt gesubrogeerd in diens vordering op de aansprakelijke persoon, nu immers de verweermiddelen van deze ingevolge artikel 6:145 BW onverlet blijven. (...)” Zie nader over deze beslissing § 22.2.4.2.

plexiteit onbruikbaar was geworden, dragen bij aan het besef dat ook de ‘verbrokkeling’ van het Nederlandse verjaringsrecht een punt van aandacht is. Vooralsnog lijkt ons verjaringsrecht de kritische grens die in Duitsland en Engeland overschreden was, nog niet te hebben bereikt.

De wetgever en de rechter kunnen nadere verbrokkeling tegengaan door bij het formuleren van nieuwe verjaringsregels en bij het interpreteren van verjaringsregels zoveel mogelijk hetzelfde normatieve uitgangspunt te kiezen en dezelfde termijn te hanteren (die wenk betreffende de termijn richt zich alleen tot de wetgever).

15 | De lengte van de subjectieve en de objectieve termijn

15.1 Inleiding

Men zou met enige overdrijving kunnen stellen dat de termijn het enige onderdeel van een verjaringsregeling is dat we werkelijk nodig hebben. Voor verjaring op zichzelf, in de zin dat een recht op enig moment wegens tijdsverloop niet meer afdwingbaar is, volstaat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het is in strijd met de redelijkheid en billijkheid, gelet op de nadelige invloed van tijdsverloop op de bewijs- en rechtszekerheidspositie van de debiteur, een recht uit te oefenen nadat men nodeloos een bepaalde termijn heeft laten verstrijken.¹

Zonder verjaringsregeling zou de vraag zijn: wat is dan die ‘bepaalde termijn’? Het is voor de rechtspraktijk uitermate ongelukkig als die termijn niet gegeven is, omdat die dan van geval tot geval door de rechter moet worden vastgesteld. Dat geeft grote onzekerheid, omdat de lengte van de termijn zich maar beperkt laat beredeneren. Tegelijkertijd biedt de beperkte ‘normatieve betekenis’ van de lengte van een termijn aan de wetgever de kans een algemene termijn te stellen zonder onrecht te doen in de individuele rechtsverhoudingen. Anders gezegd: de reden waarom het ongelukkig is dat de rechter per geval de lengte van de termijn moet bepalen, is dezelfde die de wetgever in staat stelt die termijn wél te stellen.

De beslissende kracht van het woord van de wetgever in het ‘waardevrije’ gebied van de termijnen komt onder andere tot uiting in de rechtspraak. Er zijn talloze uitspraken waarin het aanvangsmoment van de termijn onderwerp van discussie is. Er is niet één uitspraak waarin de lengte van de termijn onderwerp van discussie is. Dat komt doordat het aanvangsmoment van de termijn normatief is bepaald, en de lengte van de termijn niet.

Niettegenstaande het voorgaande zal echter direct duidelijk zijn dat de lengte van een termijn toch ook weer niet helemaal blind kan worden bepaald. Het is niet helemaal als in het verkeer, waar een keuze gemaakt moet worden tussen links rijden en rechts rijden en de vraag wát men kiest er in het geheel niet toe doet. Een verjarings-termijn is dan wel niet beredeneerbaar tot op de week of op de maand, misschien zelfs niet tot op het jaar, maar daarna beginnen zich wellicht toch argumenten af te tekenen.

¹ Ik laat hier even de rechtvaardiging van, kort gezegd, verjaring ‘buiten verwijt’ buiten beschouwing. Daar doet de rechtsverwerkingsgedachte geen opgeld, maar is wel een andere grond te vinden voor eindige afdwingbaarheid van recht. Zie § 9.3.

Die argumenten tracht ik in deze paragraaf te vinden. Om direct tot de kern te komen: zij voeren mij tot de conclusie dat, nu het aanvangsmoment van de termijn afhankelijk is van het vermogen van de crediteur te ageren, een periode van vijf jaar te lang is. Ondanks dat een verjaringstermijn in zekere zin slechts marginaal toetsbaar is, zal worden bepleit dat een termijn van drie jaar te prefereren is. Ook wijd ik in deze paragraaf enkele – minder veranderingsgezinde – woorden aan de lengte van onze objectieve termijn.

15.2 Vijf jaar is voor een subjectieve termijn te lang

Als gezegd: de formele hoofdregel van onze verjaring voorziet in een twintigjaarstermijn (art. 3:306 BW), maar materieel is de hoofdregel een subjectieve termijn van vijf jaar; zie de art. 3:307 – 3:311 BW. Waarom koos de wetgever voor een vijfjaarstermijn?

Het lukt mij niet zo goed hier zicht op te krijgen. Opvallend is dat in de Vaststellingswet nog voor een driejaarstermijn werd gekozen, maar deze bij nader inzien kennelijk te kort werd bevonden; in de Invoeringswet zijn de belangrijke driejaarstermijnen in vijfjaarstermijnen veranderd. Te lezen is bij de toelichting op de huidige art. 3:309 en 3:310 BW dat de wijziging van de termijn eerder is toegelicht.² Ik vind in die eerdere toelichting inderdaad motieven tegen drastische verkorting van alle termijnen, maar zie geen kans daarin motieven, in het bijzonder, tot verlenging van de subjectieve termijn van drie naar vijf jaar te lezen.

Inmiddels is, in ieder geval rechtsvergelijkend gezien, de keuze voor een vijf- in plaats van een driejaarstermijn niet meer voor de hand liggend. Ten tijde van de totstandkoming van het BW was dat nog niet zo, maar inmiddels is een driejaarstermijn de standaard. Dat om ons heen de driejaarstermijn inmiddels de norm is, is reeds op zichzelf van betekenis. Ik meen dat er daarnaast ook inhoudelijke argumenten zijn om inderdaad aan een driejaarstermijn de voorkeur te geven, en wel de volgende.

Preliminair: het verdient de nadruk dat het niet mogelijk is te denken over de lengte van een termijn, zonder het aanvangsmoment van die termijn in de gedachtevorming te betrekken. Ten aanzien van het aanvangsmoment van de subjectieve vijfjaarstermijnen heb ik betoogd dat doorslaggevend is het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt. Mijn redenering over de lengte van de termijn is daarna als volgt.

Tijdsverloop tast de positie van de debiteur aan.³ Die afkalvende positie is voor te stellen als een dalende lijn. Het startpunt van de lijn is het aanvangsmoment van de subjectieve termijn; daar veronderstellen wij de bewijs- en rechtszekerheidspositie

² Parl. Gesch. Inv., p. 1413.

³ Zie uitgebreid § 8.2.1.

optimaal.⁴ Met het voortschrijden van de tijd daalt de lijn. Ergens raakt hij het nulpunt; op enig moment is elk bewijsmiddel door de tijd ondergesneeuwd en houdt de debiteur bij het inrichten van zijn vermogen met de vordering in het geheel geen rekening meer.

Als wij mochten aannemen dat het ‘nulpunt’ voor de debiteur over het algemeen al na drie jaar bereikt is, zou ik geen aanleiding zien in deze kwestie echt stelling te nemen. Het doet er dan eigenlijk niet toe of men een drie- of een vijfjaarstermijn kiest; de positie van de debiteur kon toch niet slechter. Maar die aanname lijkt mij niet juist. Ik denk dat in een substantieel deel van de gevallen, in de meerderheid zelfs, na drie jaar het nulpunt nog helemaal niet bereikt is. Getuigen zullen zich na vijf toch nog minder herinneren dan na drie jaar, de kans dat zij, zeg, niet meer bij de aangesproken rechtspersoon werken is groter, meer schriftelijke bescheiden zijn teloorgegaan, de debiteur houdt met nakoming nog minder rekening, enzovoorts. Dat over het algemeen het nulpunt na drie jaar nog niet is bereikt, kan men ook daaruit afleiden dat over het algemeen in procedures over ‘oudere gebeurtenissen’ nog serieus verweer wordt gevoerd.

Aldus aannemende dat de debiteur er een serieus belang bij heeft dat de termijn geen vijf maar drie jaar bedraagt, rijst de vraag of het belang van de crediteur bij een vijfjaarstermijn tegen dat belang opweegt, zodat tóch voor een vijfjaarstermijn moet worden gekozen. Voor dat oordeel lijkt mij geen grond te bestaan. Als wij de subjectieve termijn werkelijk laten aanvangen op het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mocht worden dat hij tot juridische actie kwam, dan is er geen zwaarwegend argument om hem daarvoor vervolgens in plaats van drie, vijf jaar de tijd te geven.

Natuurlijk, hij moet het gebeurde op zich in laten werken, hij moet, wellicht, een transitie doormaken van oplossingsgericht denken naar een juridische strijdbaarheid, of van rouwverkering naar juridische strijdbaarheid, hij moet juridisch advies inwinnen, enzovoorts. Maar voor dergelijke handelingen en processen zal een termijn van drie jaar toch volstaan.⁵ In een Engels pleidooi voor het vervuilen van een zesjaarstermijn voor een driejaarstermijn werd het wat retorisch als volgt gezegd:

“we can see no reason why it should take longer to decide whether or not, for example to bring a claim for professional negligence, than it did to fight the Second World War”⁶

4 Het werkelijke optimum ligt daar niet steeds, omdat dat aanvangsmoment kortere of langere tijd na het plaatsvinden van de gebeurtenis waaruit de vordering voortspuit, gelegen kan zijn. Op het moment van die gebeurtenis ligt het werkelijke optimum. Omdat echter hier de vraag aan de orde is naar de lengte van de termijn vanaf het subjectief bepaalde aanvangsmoment, moet in ons denken dat moment het uitgangspunt zijn.

5 Zie bijvoorbeeld ook de Law Commission (2001), p. 66: “The limitation period chosen needs to provide sufficient time for claimants to consider their position once the facts are known, take legal advice, investigate the claim and negotiate a settlement with the defendant, where this is possible. At the same time it should not be so long that the claimant is able to delay unreasonably in issuing proceedings. Experience in this jurisdiction in relation to these claims suggests that the three year period provides sufficient time for the claimant to bring a claim in the vast majority of cases. A majority of consultees (around sixty per cent) supported a primary limitation period of three years.”

6 Heilbron Report 1993, nr. 4.5 – 4.7.

Overigens is, enigszins terzijde, heel goed denkbaar is dat in bepaalde gevallen zelfs een termijn van drie jaar nog te lang is. Valk schrijft mijns inziens terecht:

“In sommige branches, zoals in de effecten- en optiehandel, bepaalde takken van de makelaardij en in de termijnhandel, is bewijsmateriaal in het algemeen slechts korte tijd voorhanden en pleegt men reserves spoediger op te heffen dan elders gebruikelijk is. Meerjarige verjaringstermijnen (...) passen in die branches niet.”⁷

Als het wetgevingstechnisch mogelijk is voor die branches duidelijk afgebakende verjaringsregels in het leven te roepen die voorzien in een kortere termijn, doet de wetgever het meest recht aan de individuele rechtsverhouding door inderdaad in bijzondere regels te voorzien. Een wat mij betreft sprekend voorbeeld biedt de éénjaars-termijn van het vervoerrecht (zie met name art. 8:1711 BW). Gegeven “de aard van het vervoerbedrijf”⁸ met zijn hoge transactiefrequentie, wordt een termijn van meer dan één jaar algemeen te lang bevonden;⁹ terecht zou ik denken. Bedacht zij in dit kader wél dat een teveel aan bijzondere termijnen de eenheid van het verjaringsrecht kan bedreigen.¹⁰

15.3 De lengte van de objectieve termijn

In onze belangrijkste verjaringsartikelen wordt als gezegd niet volstaan met een subjectieve vijfjaarstermijn; om te voorkomen dat vorderingen tot in lengte van dagen blijven voortbestaan doordat de subjectieve termijn niet aanvangt, is bij wijze van *long stop* tevens voorzien in een objectieve twintigjaarstermijn.

Denkend vanuit het oude recht, waar één termijn van dertig jaar gold, schrijft de wetgever over de lengte van de termijn: “Elke termijnbepaling is nu eenmaal enigszins willekeurig. Dat een termijn van dertig jaar te lang is, is intussen onbetwist.”¹¹ Gevraagd of de termijn van twintig jaar niet dient te worden bekort tot tien jaar, antwoordt de wetgever dat zulks gemeten vanaf de oude dertigjaarstermijn wel een erg grote sprong is.¹²

Rechtsvergelijkend heeft inmiddels een termijn van tien jaar toch sterkere kaarten gekregen;¹³ wij zagen dat die termijn zowel in Duitsland als in Engeland geldt. Anders dan bij de subjectieve termijn heb ik hier geen uitgesproken voorkeur, eenvoud-

7 Valk, diss., p. 81. In vergelijkbare zin Tjittes (2007), p. 17.

8 Haak, diss., p. 336.

9 Wachter, diss., 324; Haak, diss., p. 336, Koopmann, diss., p. 131.

10 Zie hierover nader §§ 15.1 – 15.5.

11 Parl. Gesch. Boek 3, p. 917.

12 Parl. Gesch. Boek 3, p. 919. De wetgever overweegt nader: “Het zou bijvoorbeeld betekenen dat, als een vader aan zijn zoon renteloos een bepaalde som leent, deze na tien jaar noch door de vader noch door diens eventuele erfgenamen meer teruggevorderd zou kunnen worden, ook al staat de lening vast. (...) Voorts moet worden gedacht aan de verkrijgende verjaring in het zakenrecht, wanneer de bezitter zich niet op goede trouw kan beroepen. (...)”

13 §§ 13.1 – 13.4.

dig omdat het mij aan empirische gegevens ontbreekt om al te stellig te kunnen zijn. Wat is ons denkraam?

Eerder werd bepleit dat verjaring krachtens de objectieve termijn gerechtvaardigd is als (i) het ‘bewijsrechtelijke nulpunt’ is bereikt, en/of (ii) de crediteur door de helende werking van de tijd geen te honoreren belang meer heeft bij nakoming.¹⁴ Die opvatting brengt met zich dat de objectieve termijn ideaal gesproken eindigt op het moment waarop aan één van die voorwaarden is voldaan. Waar dat moment gelegen is, zal evenwel van zaak tot zaak verschillen. Sommige zaken zijn na een jaar al helemaal uitgevlakt, andere na vijf jaar en weer andere pas na vijftien. Zeker is dat geen enkele zaak het eeuwige leven heeft; iedere vordering raakt ooit onbewijsbaar of obsoleet.

De taak waarvoor de wetgever staat, is het bepalen van een termijn waarbinnen verreweg het grootste deel van de vorderingen aan één van de twee genoemde voorwaarden voldoet. Verreweg het grootste deel, omdat de objectieve termijn een vordering doet verjaren die de crediteur niet eerder kón instellen. Verjaring in gevallen waarin crediteur zijn vordering niet eerder kón instellen, de vordering nog wel bewezen kan worden én de vordering nog actueel is, is niet goed te rechtvaardigen.¹⁵ Eventueel kan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid als noodventiel dienen – inderdaad moeten wij dat instrument mijns inziens in het kader van de objectieve termijn belangrijke betekenis toekennen¹⁶ – maar een *noodventiel* moet het blijven.

Tegenover de wens zo min mogelijk gevallen ten onrechte binnen het bereik van de objectieve termijn te laten vallen, tegenover dus in feite de neiging de objectieve termijn maar zo lang mogelijk te maken, staat het risico dat bij een al te lange termijn de objectieve termijn in praktische zin eigenlijk nauwelijks nog van betekenis is. Als men de termijn op dertig jaar stelt, en 90% van de vorderingen is binnen, zeg, acht jaar onbewijsbaar en/of obsoleet en de overige 9,9% na twaalf jaar, dan zit er in die termijn 18 jaar nodeloze holle ruimte; die 0,1% hadden we met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wel kunnen oplossen.¹⁷

Het is uitermate lastig tussen deze polen positie te kiezen, omdat wij de variabelen die die keuze bepalen gewoon niet kennen. Strikt genomen moet men zich eerst de vraag stellen welk percentage vorderingen voor de verjaring waarvan geen rechtvaardiging bestaat, wij bereid zijn aan de objectieve termijn ten prooi te laten vallen (‘ten prooi’ is wat sterk gezegd, omdat de redelijkheid en billijkheid kunnen corrigeren). Vervolgens zouden wij data moeten hebben over (i) wanneer vorderingen het ‘bewijs-

¹⁴ Zie § 9.3.

¹⁵ Zie § 9.3.4.

¹⁶ Zie nader § 13.3.2.

¹⁷ Zelfs als er geen mogelijkheid was die 0,1% met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid alsnog bevredigend te beslissen, zou bijvoorbeeld de Duitse wetgever toch een twaalfjaars-termijn kiezen. Hij heeft met die keuze geen moeite, omdat hij aanvaardt dat de verjaringsregeling nu eenmaal niet in alle gevallen recht kan doen: “Es ist offensichtlich, dass ein Verjährungsrecht, dessen regeln in diesem Sinne Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit gewährleisten wollen, im einzelfall zu Ergebnissen führen kann, die unbillig erscheinen mögen.” Gesetzentwurf 2001, p. 96, l.k.

rechtelijke nulpunt' bereiken en (ii) wanneer de crediteur door tijdsverloop het belang bij nakoming verliest. Deze data kennende zouden wij de termijn kunnen stellen.

Maar nogmaals, wij hebben die data niet. Dat zo zijnde, is het niet goed mogelijk stelling te nemen ten aanzien van de lengte van de objectieve termijn.

Overigens lijkt het mij op zichzelf niet onmogelijk meer zicht te krijgen op de genoemde variabelen. Met name naar de relatie tussen tijdsverloop en de kwaliteit van bewijsmiddelen lijkt mij empirisch onderzoek heel goed mogelijk. De vraag wanneer een vordering zo oud is dat de crediteur zijn belang bij nakoming verliest is meer normatief van aard, maar ook daar lijkt nadere gedachtevorming denkbaar.

15.4 Conclusie

Niet valt in te zien waarom de subjectieve termijn langer dan drie jaar zou moeten bedragen, gegeven het feit dat de debiteur er een wezenlijk belang bij heeft dat de termijn drie in plaats van vijf jaar bedraagt, en de crediteur niet.

Of twintig jaar een juiste lengte is voor de objectieve termijn, is bij gebreke van inzicht in (i) het moment van intreden van het 'bewijsrechtelijke nulpunt' en (ii) het moment waarop de crediteur zijn belang bij nakoming verliest, niet te zeggen.

16 | De formulering van het aanvangsmoment van de subjectieve termijnen

16.1 Inleiding

De formulering van het aanvangsmoment van de subjectieve termijnen is waarschijnlijk het belangrijkste punt van verjaringsrechtelijke codificatie. Dat is één reden om er hier aandacht aan te besteden.

De andere reden is dat zo op het eerste gezicht te betwijfelen valt of onze wettelijke formulering bevredigend is: over het aanvangsmoment van de meest frequent toegepaste subjectieve termijn – die van art. 3:310 BW – bestaat opvallend veel jurisprudentie en, wat belangrijker is, de Hoge Raad heeft dat aanvangsmoment feitelijk gedefinieerd. In 3:310 staat dat de termijn aanvangt als de benadeelde bekend is met schade en aansprakelijke persoon, terwijl de Hoge Raad in het Saelman-arrest oordeelde dat de termijn pas aanvangt als de benadeelde “daadwerkelijk in staat” is een vordering in te stellen. Het aanvangsmoment van de andere subjectieve termijnen heeft het recht zich minder spectaculair ontwikkelt, maar ook daarover zal het nodige te zeggen blijken te zijn.

In deze paragraaf wordt ingegaan op het aanvangsmoment van de volgende subjectieve termijnen: de rechtsvorderingen tot nakoming (art. 3:317 BW), tot periodieke betalingen (art. 3:308 BW), uit onverschuldigde betaling (art. 3:309 BW), tot vergoeding van schade (art. 3:310 BW) en tot ontbinding van een overeenkomst (art. 3:311 BW). De art. 3:310a en 3:310b blijven wegens hun weinig frequente toepassing buiten beschouwing.

De bespreking van de artikelen vindt plaats op drie ‘niveaus’. Ten eerste op het algemene, in die zin dat wordt ingegaan op eigenschappen die alle artikelen hebben. Bezien worden twee aspecten: (i) de aanvang van de termijn wordt bepaald op de dag, en niet tegen het einde van het kalenderjaar en (ii) de aanvangsmomenten van onze subjectieve termijnen zijn tamelijk kaal geformuleerd, in die zin dat de kernbegrippen “bekend is geworden” en “opeisbaarheid” niet nader zijn uitgewerkt. Het eerste punt is in Duitsland en het tweede punt is in Engeland anders benaderd; gezien wordt of wij die keuzes zouden moeten volgen.

Vervolgens is er het middenniveau van de kernbegrippen uit de respectievelijke verjaringsbepalingen. Het zijn er twee: bij de vordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst en bij periodieke betalingen is doorslaggevend – de termen vielen al – het moment waarop de vordering “opeisbaar” is (art. 3:317 en 3:308 BW); in alle andere gevallen het moment waarop de crediteur “bekend is geworden” met zekere feiten (de art. 3:307 – 3:311 BW). De Duitse en de Engelse bepalingen stemmen

hiermee deels overeen, deels niet. Zijn opeisbaarheid en bekendheid gelukkige criteria ter bepaling van het aanvangsmoment?

Tot slot het niveau van de precieze formulering van de individuele bepalingen. De nadruk zal liggen op art. 3:310 BW. Niet alleen omdat dat veruit de meest toegepaste bepaling is, maar ook omdat zal blijken dat, redenerend zowel vanuit de normatieve grondslag van subjectieve termijn als vanuit de rechtsvergelijking, met name de bewoordingen van art. 3:310 BW vatbaar zijn voor kritiek.

Uit het voorgaande bleek al dat Engels en Duits recht belangrijke betekenis toekomt bij mijn beschouwing van de art. 3:307 – 3:311 BW. Daarom begint deze paragraaf met de weergave en bespreking van hun Duitse en Engelse equivalenten.

16.2 Rechtsvergelijking: het aanvangsmoment van de subjectieve termijn in Duitsland en Engeland

16.2.1 De tekst van de Duitse en de Engelse bepaling

Zoals hiervoor werd beschreven, kent Duitsland niet ons systeem van bijzondere termijnen, maar één algemene subjectieve termijn van drie jaar. Over zijn aanvangsmoment is in § 199 *BGB* het volgende bepaald:

- “(1) Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem
1. der Anspruch entstanden ist und
 2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.”

Ook in het voorstel van de Law Commission is, zoals wij al zagen, sprake van één algemeen geldende subjectieve termijn. In de *Draft Bill*¹ is het aanvangsmoment van de subjectieve termijn als volgt gedefinieerd:

- “1.
- (1) It is a defence to a civil claim that the claim was not made before the end of the period of three years from the date of knowledge of the claimant.
 - (...)
 2. The date of knowledge
 - (1) Subject to the following provisions of this section and this Act, any reference in this Act to a person’s date of knowledge is a reference to the date on which he first had knowledge of
 - (a) the facts which give rise to the cause of action,
 - (b) the identity of the defendant, and
 - (c) where injury, loss or damage has occurred or a benefit has been obtained, the fact that the injury, loss, damage or benefit is significant.”

1 Appendix A bij Law Commission (2001).

Bij deze algemene definitie blijft het niet. Waarvan kennis wordt verlangd, wordt nader beschreven in de leden volgende op het evengeciteerde lid 1:

“(2) Subject to subsections (3) and (4), in determining the date on which a person first had knowledge of the facts which give rise to a cause of action, there shall be disregarded the extent (if any) of his knowledge on any date of whether those facts would or would not, as a matter of law, give rise to a cause of action.

(3) In the case of a cause of action in respect of a breach of duty (whether in tort, in contract or otherwise) which involves a failure to give correct advice as to the law, subsection (1) shall have effect as if it also required knowledge to be had of the fact that correct advice had not been, or may not have been, given.

(4) In the case of a cause of action in respect of restitution based on a mistake of law, subsection (1) shall have effect as if it also required knowledge to be had of the fact that a mistake of law had been, or may have been, made.”

In art. 4 wordt, onder andere met behulp van het begrip *Constructive knowledge*, voorts beschreven wanneer de crediteur de vereiste kennis geacht moet worden te hebben:

4.– (1) For the purposes of this Act, a person’s knowledge includes Constructive knowledge which he might reasonably have been expected to acquire

(a) from facts observable or ascertainable by him, or

(b) where he has acted unreasonably in not seeking appropriate expert advice, from facts ascertainable by him with the help of such advice.

(2) In determining for the purposes of this section

(a) the knowledge which a person might reasonably have been expected to acquire, or

(b) whether a person has acted unreasonably in not seeking appropriate expert advice, his circumstances and abilities (so far as relevant) shall be taken into account.

(3) For the purposes of this Act, a person shall be treated as having knowledge of a fact if an agent of his

(a) who is under a duty to communicate that fact to him, or

(b) who has authority to take decisions about the cause of action concerned,

has actual knowledge of that fact; but except as so provided a person shall not be treated as having knowledge of a fact merely because an agent of his has knowledge of the fact.

(4) For the purposes of this section, a person has authority to take decisions about a cause of action if he has authority

(a) to seek legal advice in connection with the making of a civil claim in respect of the cause of action, or

(b) to take decisions about whether to make such a claim.

Nader bepaald wordt vervolgens in art. 5 ook nog wanneer een juridische entiteit niet zijnde natuurlijke persoon de vereiste kennis heeft – die bepaling is korthedshalve

in de voetnoot geciteerd.² Naast het begrip *knowledge* wordt overigens ook het begrip *significant* uit art. 2 lid 1 sub c verder uitgewerkt:

“(5) For the purposes of this section, a person (“A”) shall be regarded as having knowledge of the fact that any injury, loss, damage or benefit is significant
 (a) if he has knowledge of the full extent of the injury, loss, damage or benefit, or
 (b) if a reasonable person with A’s knowledge of the extent of the injury, loss, damage or benefit would think, on the assumption that the defendant did not dispute liability and was able to satisfy a judgment, that a civil claim was worth making in respect of the injury, loss, damage or benefit.”

16.2.2 Overeenkomsten en verschillen

De Duitse en de Engelse bepalingen zijn niet gelijklopend, maar in de kern komen zij overeen: in beide is doorslaggevend het moment waarop de crediteur bekend is met, ten eerste, de “Anspruch begründenden Umständen” of “the facts which give rise to the cause of action” en, ten tweede, met “der Person des Schuldners” of “the identity of the defendant”.

Dat de Duitse en de Engelse definitie van het aanvangsmoment in essentie overeenstemmen is natuurlijk geen toeval. Die gelijkenis lijkt te zijn veroorzaakt doordat de Duitse wetgever en de Engelse Law Commission hebben gepoogd hetzelfde beginsel te positiveren. De Duitse wetgever schrijft: “Was die Interessen des Gläubigers anbelangt, war es das Ziel zu gewährleisten, dass ihm eine faire Chance eröffnet wird,

-
- 2 “5.—(1) For the purposes of this Act, a relevant body shall be treated as knowledge etc. having knowledge of a fact
 (a) if a qualifying individual has knowledge of that fact, or
 (b) if the relevant body is treated as having knowledge of that fact by virtue of section 4(3).
 (2) In this section “relevant body” means
 (a) a body corporate,
 (b) a corporation sole,
 (c) a partnership, or
 (d) a body of persons which does not fall within paragraph (a) or (c) but which is capable of suing and being sued in its own name.
 (3) In this section “qualifying individual”, in relation to a relevant body, means an individual
 (a) who is an officer of the body or has authority on behalf of the body to take decisions about the cause of action concerned (or is one of a number of individuals who together have such authority), or
 (b) who is an employee of the body and is under a duty to communicate any fact relevant to the cause of action concerned to any other employee of the body or to an individual falling within paragraph (a),
 but does not include an individual falling within subsection (4).
 (4) An individual falls within this subsection if he is an individual
 (a) against whom the cause of action concerned subsists, or
 (b) who has dishonestly concealed any fact relevant to the cause of action concerned from any other individual falling within subsection (3)(a) or (b).
 (5) Sections 4(4) and 26(6) shall apply for the purposes of this section as they apply for the purposes of those sections.
 (6) In this section “officer” includes a partner.”

seinen Anspruch geltend zu machen.”³ De Law Commission schrijft: “The great merit of the (...) ‘date of knowledge’ (...) is that it is fair to claimants in that time will not run against them until they know, or could reasonably be expected to know, the facts necessary to bring a claim.”

Er zijn ook verschillen. Met name in het oog springend is het verschil in stijl. De Duitse wetgever bedient zich van bepaalde begrippen en laat het daar verder bij. De Law Commission daarentegen laat op introductie van de kernbegrippen uitgebreide definiërende bepalingen volgen. Dat geldt met name voor het woord *knowledge*.

Afgezien van de punten waarop de Engels bepaling spreekt en de Duits zwijgt, zijn er twee punten waarop de bepalingen echt uiteenlopen. De Duitse bepaling eist dat voor de aanvang van de termijn de *Anspruch entstanden ist*, terwijl de Engelse dat niet doet. Voorts eist de Engelse als het gaat om *injury, loss or damage*, dat duidelijk moet zijn dat die *injury, loss or damage* ‘significant’ is, terwijl de Duitse dat niet doet.

16.3 Beschouwing van de art. 3:307 tot en met 3:311 BW

16.3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de art. 3:307 tot en met 3:311 BW gezien, voor zover het de daarin verwoorde subjectieve termijnen betreft. Eerder zette ik uiteen de door de wetgever gekozen structuur van bijzondere subjectieve termijnen niet helemaal gelukkig te achten. Mijn voorkeur heeft een systeem met een algemeen geldende subjectieve termijn.⁴ Maar dat punt is hier niet meer aan de orde. De door de wetgever gekozen benadering is een gegeven, het gaat er nu slechts om hoe hij de bijzondere bepalingen heeft uitgewerkt. De bepalingen luiden als volgt – alleen de hoofdregel is weergegeven; nadere artikelliden zijn weggelaten:

Art 3:307 lid 1 BW; de rechtsvordering tot nakoming

“Een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of een doen verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden.”

Art 3:308 lid 1 BW; de periodieke rechtsvordering

“Rechtsvorderingen tot betaling van renten van geldsommen, lijfrenten, dividenden, huren, pachten en voorts alles wat bij het jaar of een kortere termijn moet worden betaald, verjaren door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden.”

Art 3:309 lid 1 BW; de rechtsvordering uit onverschuldigde betaling

3 Begr. RegE, p. 95; zie ook Staudinger-Peters (2004), § 199 Rnr. 3.

4 Zie §§ 14.1.- 14.4.

“Een rechtsvordering uit onverschuldigde betaling verjaart door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering als met de persoon van de ontvanger bekend is geworden (...).”

Art 3:310 lid 1 BW; de rechtsvordering tot vergoeding van schade

“Een rechtsvordering tot vergoeding van schade of tot betaling van een bedongen boete verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade of de opeisbaarheid van de boete als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden (...).”

Art 3:311 lid 1 BW; de rechtsvordering tot ontbinding

“Een rechtsvordering tot ontbinding van een overeenkomst op grond van een tekortkoming in de nakoming daarvan of tot herstel van een tekortkoming verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser met de tekortkoming bekend is geworden (...).”

Thans volgt de beschouwing van deze bepalingen.

16.3.2 *Gemeenschappelijke kenmerken van de art. 3:307 tot en met 3:311 BW*

16.3.2.1 *Wat onder “bekend is geworden” of “opeisbaarheid” moet worden verstaan, wordt niet nader aangeduid*

Wij zien in de Nederlandse bepalingen uitsluitend staan dat het erom gaat wanneer de vordering “opeisbaar” is, en wanneer men met de feiten die de termijn doen aanvangen “bekend is geworden”. Wat onder “opeisbaar” of “bekend is geworden” moet worden verstaan, wordt niet nader aangeduid.

In Duitsland is het een beetje anders, in Engeland totaal. Het Duitse artikel staat net als de Nederlandse artikelen op zichzelf. Het moment waarop “der Anspruch entstanden ist” wordt evenmin als de Nederlandse “opeisbaarheid” nader gedefinieerd. Ook het begrip “Kenntnis” wordt in de Duitse bepaling niet nader uitgewerkt, met die uitzondering dat daar wel, anders dan in Nederland, nader wordt bepaald dat het niet uitsluitend gaat om wat de crediteur wist, maar ook om wat hij “ohne grobe Fahrlässigkeit” had moeten weten.

In de draft Bill van de Law Commission worden de kernbegrippen wél verder gepreciseerd. Wat onder *knowledge of the claimant* moet worden verstaan – opeisbaarheid speelt in de Engelse bepaling geen rol – is in verschillende artikelen beschreven.

Voor welke benadering men kiest, lijkt mij in belangrijke mate een kwestie van wetgevingstraditie. Dat de Nederlandse bepaling meer in lijn met de Duitse dan met de Engelse is, verbaast in dat licht niet. De verjaringsregeling zou een *Fremdkörper* in het BW worden als wij in afwijking van de continentale traditie op Angelsaksische voet aan de kernbepaling een reeks definiërende bepalingen zouden toevoegen. In het bijzonder lijkt mij bovendien nadere bepaling van het begrip opeisbaarheid niet nodig, omdat de precieze betekenis daarvan ons dankzij de gelaagde structuur van het BW al bekend is – zie art. 6:38 BW.

Dat gezegd hebbende: de Engelse definiërende bepalingen over het begrip ‘kennis’ adresseren wél problemen waarover in Nederland herhaald tot aan de Hoge Raad geprocedeerd moest worden. Denk aan de vraag of kennis subjectief dan wel objectief moet worden opgevat⁵ en of kennis van het recht ook onder het begrip kennis valt.⁶ Ook worden vragen beantwoord die bij ons nog niet aan de orde zijn geweest, maar die naar alle waarschijnlijkheid nog wel aan de orde zullen komen. Te noemen is de vraag of een onderzoeksplicht bestaat.⁷ Het moet mogelijk zijn de oplossing van tenminste een aantal van die kwesties in de tekst van de wet tot uitdrukking te brengen, zonder wat hoeveelheid woorden betreft te vervallen in ‘Angelsaksische toestanden’. Dat is in het BW ook niet zonder precedent; denk bijvoorbeeld aan art. 7:23 lid 1 BW, waar het erom gaat wat de koper heeft ontdekt, of “redelijkerwijs had behoren te ontdekken”. Een subjectiverende formulering – mocht de wetgever daar de voorkeur aan geven – is eveneens te bedenken.

Dat de nieuw BW wetgever destijds niet preciezer is geweest, is misschien ook niet helemaal een kwestie van wetgevingstechniek. Wellicht speelt een rol dat de subjectieve termijn een nieuw concept was, en de wetgever zijn wenselijke uitleg nog onvoldoende kon overzien. De Engelsen hebben inmiddels langere ervaring met een subjectieve termijn. Een groot deel van de geciteerde bepalingen is codificatie van hun jurisprudentie. Zo zou het in Nederland ook kunnen gaan.

16.3.2.2 *Het aanvangsmoment wordt op de dag, niet op het jaar bepaald*

Wij zagen dat de Duitse bepaling het verjaringsbegin aan het eind van het jaar stelt. De Engelse doet dat niet en de Nederlandse doet dat ook niet (immers “de dag, volgende op die waarop de schuldeiser...”).

Mij lijkt de Duitse benadering toch wel een vondst. Als voordeel noemt de Duitse wetgever zelf dat het moeilijk kan zijn te bepalen op welk moment *precies* de vordering is ontstaan en de crediteur de vereiste bekendheid heeft verkregen, en dat de nauwkeurige bepaling van dat moment aan belang verliest wanneer het *Jahresende* doorslaggevend is. Dat voordeel is er inderdaad wel, maar ik heb niet de indruk dat de praktijk nu zo worstelt met de precieze bepaling van het aanvangsmoment. Meestal gaat het om de uitleg van een mededeling of gebeurtenis; de vraag wanneer die mededeling of gebeurtenis dan precies is gedaan of heeft plaatsgevonden levert over het algemeen weinig problemen op.

De winst van het *Jahresende* als criterium schuilt mijns inziens met name in het efficiëntievoordeel van één jaarlijks stuitingsmoment. Waar nu de praktijkjurist voortdurend op al zijn dossiers een stuitingsoog gericht moet houden, kan hij, als het einde van het jaar ijkpunt zou zijn, gedurende het jaar zijn aandacht loslaten en hoeft hij in plaats daarvan slechts op één geconcentreerd moment stuiting te overwegen. Denkbaar is dat in die periode, bijvoorbeeld binnen juridische organisaties, verhoogde aandacht uitgaat naar recente stuitingsrechtspraak of andere ontwikkelingen.

5 Zie over die vraag hierna, § 22.2.2.5.

6 Zie over die vraag hierna, § 22.2.2.4.

7 Zie over die vraag hierna, § 22.2.2.5.

16.3.3 Het moment van bekendheid en het moment van opeisbaarheid als aanvangsmoment van de subjectieve termijn

16.3.3.1 Het moment van bekendheid als aanvangsmoment van de subjectieve termijn (art. 3:307 – 3:311 BW)

Inleiding

In de art. 3:309, 3:310 en 3:311 BW is de aanvang van de termijn afhankelijk gesteld van het moment waarop de crediteur met de vereiste feiten “bekend is geworden”. Voor die benadering bestaat brede rechtsvergelijkende steun. Ook in de Duitse en de Engelse bepalingen wordt de kern van de definitie gevormd door het bekendheidsvereiste (“Kenntnis” of “knowledge” van de crediteur). Is het kenniscriterium inderdaad het beste?

Eerder werd betoogd⁸ dat de subjectieve termijn een gestandaardiseerde vorm van rechtsverwerking is. Het gaat er in de kern om vanaf welk moment van de crediteur redelijkerwijze juridische actie verlangd kan worden. Dat moment is gelegen daar waar het belang van de crediteur bij voortdurende van zijn recht op nakoming niet meer opweegt tegen het belang van de debiteur bij beëindiging van dat recht. Dit zal zo zijn als er voor de crediteur geen serieus te nemen beletsel meer bestaat om zijn vordering geldend te maken.

Of inderdaad het kennisvereiste het beste wettelijke criterium is, hangt er dus wat mij betreft vanaf of het kennisvereiste de optimale vertaling van de rechtsverwerkingsgedachte geeft.

Dat inderdaad de Duitse wetgever, de Engelse Law Commission of de Nederlandse wetgever het streven hebben gehad de rechtsverwerkingsgedachte in een wettelijke regel om te zetten, blijkt nergens met zoveel worden. In de respectievelijke toelichtingen zijn wel aanwijzingen te vinden dat men vergelijkbare ideeën heeft gehad. Als gezegd gaat het de Duitse wetgever erom dat de crediteur een “faire Chance” heeft gehad om zijn vordering in te stellen. In de literatuur staat daarover bijvoorbeeld:

“Die nachhaltige Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist von dreißig auf drei Jahre (...) darf dem Gläubiger nicht die reelle Chance nehmen, seinen Anspruch auch durchzusetzen. (...) Derlei setzt freilich voraus, daß er seines Anspruchs überhaupt bewußt ist, und deshalb wird die Dreijahresfrist des § 195 ergänzt und gar erst ermöglicht durch die Berücksichtigung seiner Kenntnis oder Kenntnismöglichkeit in § 199 (...).”⁹

De Law Commission schrijft dat het eerlijk is dat de verjaring niet loopt zolang de crediteur de benodigde feiten niet kent. Eerder schreef ik al in de Nederlandse toelichting weinig, wat mij betreft te weinig,¹⁰ terug te vinden van de idee dat het er bij de subjectieve termijn op aankomt dat de crediteur actie neemt als dat van hem redelijkerwijze verwacht mag worden.

⁸ § 9.2.

⁹ Staudinger-Peters (2004), § 199 Rnr. 1; zie ook in algemene zin Begr. RegE, p. 95.

¹⁰ Zie § 14.2.

Dat evenwel die gedachte niet is geëxpliciteerd, wil uiteraard niet zeggen dat de respectievelijke wetgevers haar niet zouden onderschrijven. Men lijkt eenvoudig niet het streven te hebben gehad het normatieve uitgangspunt heel precies te formuleren. Noemenswaardig in dit verband is dat een met de rechtsverwerking strijdige, of een alternatieve normatieve opvatting evenmin te vinden is.

Omdat wat mij betreft de waardering van een wettelijke regel afhangt van het succes waarmee hij “het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt” verwoordt, is het belangrijk dat over dat uitgangspunt geen misverstanden bestaan. In dat kader is het goed te wijzen op een dubbelzinnigheid die wellicht bij welwillende lezing niet stoort, maar die uit logisch oogpunt toch aandacht behoeft.

Men zou namelijk kunnen betogen dat “het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt” niet, zoals ik hiervoor beweerde, het aanvangsmoment van de termijn markeert, maar het einde van de termijn: als de crediteur nog niet tot juridische actie is gekomen terwijl dat redelijkerwijze al wel van hem verwacht mocht worden, heeft hij in conceptuele zin zijn recht de vordering nog in te stellen verwerkt.

Dat probleem wordt veroorzaakt door gebruik van het woord redelijkerwijze. In dat woord is een oordeel verweven over de termijn die de crediteur heeft laten verstrijken alvorens tot juridische actie te komen. Het lastige is dat wij dat oordeel nu juist niet willen vellen, omdat de wetgever dat al doet: die heeft een termijn van vijf jaar redelijk gevonden. Die termijn van vijf jaar moet bij het aanvangsmoment worden opgeteld en niet in zijn definitie zijn ingebakken. Wil men het aanvangsmoment zuiver vaststellen, dan moeten daarom bij de redelijkheidstoets alle omstandigheden worden betrokken, maar moet ten aanzien van het temporele aspect het onmiddellijkheidsbeginsel gelden; de verplichting onmiddellijk tot actie te komen is er in werkelijkheid niet, maar moet in de vraag naar het aanvangsmoment wel gelden omdat de termijn van vijf jaar *apart* wordt gegund.

Bijvoorbeeld: iemand is slachtoffer geworden van een medische fout en hoort pas drie jaar na de ingreep dat de arts een fout heeft gemaakt. Voor dat moment was hij niet in staat zijn vordering in te stellen omdat daarvoor immers bekendheid met de fout vereist is. “Het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt” ligt onder die omstandigheden, met inachtneming van de onmiddellijkheidsgedachte, op die drie jaar. Zouden wij het criterium ongeclausuleerd toepassen, dan zouden wij na die drie jaar de benadeelde nog een termijn moeten gunnen voor beraad, consultatie enzovoorts. Dat is niet wenselijk, omdat de wetgever dat met zijn wettelijk termijn al doet.

Tegen de achtergrond van dit alles volgt thans de beoordeling van het kennis criterium.

Het kennisvereiste is een goed criterium

Is inderdaad het kennisvereiste de optimale vertaling van de rechtsverwerkingsgedachte? Perfect is het niet. Het moment waarop de crediteur de benodigde kennis heeft, kan, en zal ook in de grote meerderheid van de gevallen het moment zijn waarop van

hem redelijkerwijze juridische actie verlangd mag worden, maar is dat niet per definitie. Twee voorbeelden.

Voorbeeld 1. Iemand wordt tot tien jaar gevangenisstraf veroordeeld wegens moord. Nadat hij zes jaar heeft gezeten, blijkt uit DNA-onderzoek dat hij onschuldig is. De kennis voor het instellen van een vordering tegen de Staat had hij direct na zijn veroordeling. Op dat moment kon echter van hem redelijkerwijze niet verwacht worden dat hij juridische actie nam, omdat gelet op zijn strafrechtelijk veroordeling duidelijk was dat een civiele actie kansloos was. Voorbeeld 2. Een vrouw wordt op haar veertigste seksueel misbruikt. De kennis voor het instellen van een vordering tegen de dader had zij direct na het misbruik. Op dat moment kon echter van haar redelijkerwijze niet verwacht worden dat zij juridische actie nam, omdat uit psychiatrische rapportages bleek dat de kans groot was dat zij door dat te doen in een psychose zou geraken.

Met de constatering dat het kenniscriterium gebrekkig is, rijst de vraag of er geen beter bestaat. Als het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij zijn vordering instelt het ‘ideale’ aanvangsmoment van de subjectieve termijn is, waarom zouden wij dat criterium dan niet eenvoudig tot wettelijk criterium verheffen? Het antwoord ligt voor de hand: de kern van dat criterium wordt gevormd door een geheel open norm. Open normen komen de hanteerbaarheid van de regel niet ten goede. Soms zijn open normen onvermijdelijk. Denk bijvoorbeeld aan “hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt” uit art. 6:162 BW. Maar als de wetgever er in slaagt de rechter een regel te bieden die in ‘aanvaarbare mate’ recht doet aan het ideaal, en toch concrete criteria biedt, heeft dat de voorkeur. Helemaal zonder snijranden zal het niet gaan, maar het optimum valt misschien toch redelijk te benaderen.¹¹

Daarmee is dus in feite de vraag of een wettelijk criterium valt te bedenken dat beter dan het kennisvereiste recht doet aan het ideale “moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt”, maar dat anderzijds in vergelijkbare of hogere mate *hard and fast* is. Ik ben een dergelijk criterium niet tegengekomen en heb het ook niet kunnen bedenken – hierna worden twee opties besproken. Dat een beter alternatief niet voorhanden lijkt, komt waarschijnlijk doordat het kenniscriterium op beide punten moeilijk te overtreffen valt.

Immers, wat zijn congruentie met de ‘grondnorm’ betreft: hiervoor noemde ik twee gevallen waarin de crediteur wél aan de kennisvereiste voldeed, maar van hem redelijkerwijze toch niet verwacht mocht worden dat hij tot juridische actie kwam. Als die voorbeelden zich min of meer moeiteloos met een hele reeks andere zouden laten aanvullen, zou dat op zwakte van het kennisvereiste duiden. Maar dat lijkt niet zo te zijn. Het eerste voorbeeld, dat van de psychische overmacht tot het nemen van actie, is een bekend probleem uit rechtspraak en jurisprudentie over de subjectieve termijn. Het tweede voorbeeld, dat van de ten onrechte veroordeelde, was al verder gezocht. Zonder twijfel zijn er nadere gevallen te bedenken, maar in werkelijk substan-

11 Dit is natuurlijk een thema van alle tijden. Zie onder andere Barendrecht, diss.

tiële mate dienen de casusposities waarin van iemand die wél de vereiste kennis heeft, niet verwacht mag worden dat hij tot actie komt, zich naar mijn inschatting niet aan. Voorbeelden uit de rechtspraak zijn er ook niet of nauwelijks¹² – de seksueel misbruikzaken daargelaten.

In ieder geval lijken mij voor de ‘restcategorie’ aanvaardbare oplossingen voorhanden te zijn. De wetgever zou kunnen overwegen een bijzondere bepaling in het leven te roepen (zoals dat voor seksueel misbruik van minderjarigen ook is geschied; art. 3:310 lid 4 BW), en mocht hij reden hebben te veronderstellen dat het betreffende type casus in kwantitatieve zin te weinig massa zou hebben om zulks te rechtvaardigen, dan zou de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid nog een uitweg kunnen bieden.

Dan het tweede aspect, te weten de mate waarin het kennisvereiste een concreet en hanteerbaar criterium biedt. Het kennisvereiste is, zoals de Law Commission schrijft, “inherently less certain than, for example, the date that the cause of action accrues”. Dat is waar, omdat *the date that the cause of action accrues* een objectief criterium is en *the date of knowledge* een subjectief criterium. Het punt is evenwel dat wij aan een subjectief criterium niet ontkomen, omdat de hele rechtvaardiging van verjaring krachtens een korte termijn afhangt van het vermogen van de crediteur om zijn vordering in te stellen. Bij de bepaling van het aanvangsmoment móet de crediteur dus wel centraal staan.

Dat zo zijnde lijkt het kennisvereiste een relatief ‘rechtszekere’ maatstaf. Het is een feitelijk criterium dat zich voor bewijslevering leent. De rechter hoeft geen normatief oordeel te vellen en dat bevordert de hanteerbaarheid van de regel aanzienlijk. Een ander feitelijk criterium dat even directief is als het kenniscriterium lijkt niet voorhanden – zie hierna.

De belangrijkste twijfel die men in het kader van de hanteerbaarheid van het kennisvereiste zou kunnen hebben, is dat wat iemand weet, niet goed toetsbaar is. Zou men het kennisvereiste volkomen subjectief hanteren, dan zou dat het kennisvereiste inderdaad diskwalificeren. Wij zien echter dat zowel in de Duitse als in de Engelse bepaling het begrip ‘kennis’ in zekere mate geobjectiveerd wordt. De Hoge Raad besliste weliswaar dat ‘bekendheid’ subjectief moet worden opgevat, maar de facto vindt toch ook bij ons een bepaalde objectivering plaats doordat, als voorshands kan worden aangenomen dat bekendheid feitelijk bestond, de crediteur daarvan tegenbewijs moet leveren.¹³ Helemaal oplosbaar is het probleem niet – zie de passage over *satellite litigation* hiervoor¹⁴ – maar hanteerbaar lijkt het door de evengeschetste nuances wel.¹⁵

12 Te noemen is nog het weinig alledaagse geval waarin de schuldeiser wegens een wettelijk verbod zijn vordering niet kon geldend maken (HR 13 juni 1952, *NJ* 1953, 558 nt. PhANH).

13 HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384.

14 Zie § 12.3.3.

15 Zie uitgebreid over de vraag of het begrip kennis subjectief of objectief moet worden opgevat § 22.2.2.5.

Zowel wat zijn representatie van de norm, als wat zijn hanteerbaarheid betreft scoort dus mijns inziens het kenniscriterium hoog. En passant merkte ik hiervoor al op geen beter te kennen. De mindere geschiktheid van twee alternatieven bespreek ik thans.

Twee falende alternatieven

Ten eerste: de Hoge Raad overwoog in zijn standaardarrest over de subjectieve termijn, het Saelman-arrest,¹⁶ dat de subjectieve termijn pas aanvangt als de crediteur “daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering” in te stellen. Het is denkbaar dat criterium tot wettelijk criterium te maken. Een voordeel is dat het de zaken van psychische overmacht ‘dekt’; zolang iemand geestelijk niet in staat is tot juridische actie, is hij niet daadwerkelijk in staat zijn vordering in te stellen en loopt dus de termijn niet. Denkend vanuit de ‘grondnorm’ willen wij dat ook inderdaad niet. Toepassing van het kenniscriterium voert tot het onwenselijke resultaat dat de termijn wél loopt. Pleitbaar is dus dat “daadwerkelijk in staat zijn” een betere vertaling van de rechtsverwerkingsgedachte is dan het kenniscriterium.

Misschien is dat zo, maar meer dan een fractie beter zal het niet zijn. Wij zagen dat het kennisvereiste op dit punt vrij weinig te wensen overlaat. En perfect is “daadwerkelijk in staat zijn” evenmin als het kenniscriterium. In de casus van de ten onrechte veroordeelde bijvoorbeeld, biedt “daadwerkelijk in staat zijn” geen soelaas (die veroordeelde was immers van meet af aan daadwerkelijk in staat te ageren, en toch kon zulks redelijkerwijze niet van hem verwacht worden). In situaties van duidelijke psychische overmacht wel, maar weer niet als bijvoorbeeld de crediteur haar vordering strik genomen wel kón instellen, maar het haar op ernstige nadere psychische schade te staan zou komen als zij dat ook deed. Dan voert “daadwerkelijk in staat zijn” evenmin tot een bevredigende oplossing als het kenniscriterium (zij was immers van meet af aan daadwerkelijk in staat te ageren, en toch kon zulks redelijkerwijze niet van haar verwacht worden). Hoogstens marginale winst dus.

Dat betekent dat het criterium “daadwerkelijk in staat zijn” in de mate waarin het rechtszekerheid biedt heel weinig op het kenniscriterium mag verliezen. Dat doet het mijns inziens wél. Ik zou menen dat de wet aanzienlijk minder duidelijkheid verschaft als hij bepaalt dat de termijn gaat lopen op het moment waarop de crediteur daadwerkelijk in staat is zijn vordering in te stellen, dan wanneer hij bepaalt dat de termijn loopt vanaf het moment waarop de crediteur de vereiste kennis heeft. Het kennisvereiste biedt een explicieter, specifiekere aanwijzing dan het nog tamelijk onbepaalde “daadwerkelijk in staat zijn”.

Met die bedenkingen is niet gezegd dat het “daadwerkelijk in staat zijn” als geïntroduceerd in het Saelman-arrest naar huidig recht geen goede dienst doet. Het verschil is dat het thans functioneert als aanvulling op het in de wet neergelegde kenniscriterium, terwijl het in de hier besproken optie zelfstandig maatgevend zou zijn.

16 HR 31 oktober 2003, NJ 2006, 112.

Dat aanvullende karakter van “daadwerkelijk in staat zijn” naar huidig recht brengt mij op het tweede alternatief voor het kenniscriterium: zou niet de combinatie van een open en een gesloten regel de voorkeur verdienen? Denkbaar is dat men het bijvoorbeeld als volgt formuleert: “De subjectieve termijn vangt aan op het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze juridische actie verlangd mag worden. Juridische actie mag van hem in ieder geval niet verlangd worden voordat hij bekend is met de schade en de aansprakelijke persoon.”¹⁷ Door het gebruik van de open norm “redelijkerwijze” is congruentie met het normatieve uitgangspunt gegarandeerd, en door de combinatie met het kenniscriterium is ten behoeve van de rechtszekerheid ‘gestold’ wat daarvoor vatbaar is.

Desondanks zou mijns inziens de wetgever de rechtspraktijk met een dergelijke regel geen dienst bewijzen. De reden is dat hij onvoldoende eenvoudig is. De wetstoepasser zal zich waarschijnlijk afvragen, bijvoorbeeld, welke omstandigheden, anders dan gebrekkige kennis, maken dat van de crediteur redelijkerwijze niet verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt. Tot de verwarring draagt bij dat de vooraanstaande plaats die de open norm inneemt, suggereert dat het heel goed zo kan zijn dat van de crediteur redelijkerwijze niet verwacht mag worden dat hij tot actie komt hoewel hij de daartoe benodigde feiten wel kent, terwijl dat in de praktijk slechts bij hoge uitzondering het geval is; als gezegd kan die actie van hem dan bijna steeds wél verlangd worden.

Conclusie

Het kenniscriterium biedt de beste wettelijke vertaling van de rechtsverwerkingsgedachte gelet op (i) de mate waarin het die gedachte representeert en (ii) de mate waarin het een duidelijke en concrete maatstaf biedt.

16.3.3.2 Het moment van opeisbaarheid als aanvangsmoment van de subjectieve termijn (art. 3:307 – 3:308 BW)

Art. 3:307 BW regelt de verjaring van de rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of een doen. Anders dan in de art. 3:309 tot en met 3:311 is hier voor de aanvang van de subjectieve termijn niet maatgevend de bekendheid met de feiten waarop de vordering is gebaseerd, maar de opeisbaarheid van de vordering.

Die benadering komt niet helemaal overeen met de Duitse en de Engelse. De Engelse Law Commission volstaat zoals wij zagen met het kennisvereiste. Over de vereiste van opeisbaarheid laat zij zich niet met zoveel woorden uit. Wel zijn er passages in haar *Report* die de indruk wekken dat in de benadering van de Law

17 Aansluitend bij de tekst van art. 3:310 BW spreek ik hier nog van bekendheid met schade en aansprakelijke persoon. Later zal ik betogen dat het kenniscriterium breder moet worden opgezet en ook bekendheid met de fout moet omvatten (§ 17.3.4). ?????????

Commission *knowledge of the facts which give rise to the cause of action* er niet kan zijn voordat de vordering, in onze termen, opeisbaar is.¹⁸

In de Duitse tekst staat weliswaar dat maatgevend is het moment waarop “der Anspruch entstanden ist”. Dat criterium mag inhoudelijk gelijk worden geacht aan onze “opeisbaarheid”. In het oorspronkelijk Duitse ontwerp stond dat de termijn aanvangt “wenn der Anspruch fällig ist”. Met de uiteindelijke keuze voor het moment waarop der “Anspruch entstanden ist”, is echter niet bedoeld een inhoudelijk ander criterium te kiezen dan het moment waarop “der Anspruch fällig ist”.¹⁹

Het verschil tussen de Duitse bepaling en art. 3:307 BW is evenwel dat de Duitse voor de aanvang van de subjectieve termijn naast het ontstaan van de vordering tevens bekendheid vereist van de feiten waarop de vordering berust, terwijl art. 3:307 BW louter de vereiste van opeisbaarheid stelt.

Net als gold voor het kennisvereiste van de art. 3:307 – 3:311 BW, is wat mij betreft ook bij beoordeling van de opeisbaarheid als criterium voor het aanvangsmoment bepalend in hoeverre het een adequate wettelijke vertaling geeft van de rechtsverwerkingsgedachte. De wetgever schrijft het volgende:

“Tenslotte verdient nog aandacht dat artikel [het huidige 3:307 – JLS] geen rekening houdt met de mogelijkheid dat de schuldeiser onbekend is met het ontstaan van de vordering of de persoon van de schuldenaar. Vooropgesteld moet worden dat dit geval zich hier minder makkelijk dan bij de artikelen [de huidige 3:309-3:311 BW – JLS] kan voordoen. Wie een overeenkomst aangaat, kent zijn wederpartij, en pleegt ook te weten wanneer zijn recht op nakoming opeisbaar wordt. Er kunnen echter gevallen zijn, waarin dit laatste anders is, met name wanneer de opeisbaarheid afhankelijk is van een tijdsbepaling met onzeker tijdstip of van een opschortende voorwaarde. Ook voor deze gevallen is echter van een bijzondere regel afgezien. In beginsel is het aan de schuldeiser om ervoor te zorgen, dat hij van de verschijning van dit tijdstip of van de vervulling voor de voorwaarde tijdig op de hoogte is. Schiet hij daarin tekort, dan gaat het niet aan de daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid ten laste van de schuldenaar te brengen in dier voege dat de rechtszekerheid die de verjaring beoogt te bevorderen, voor hem verloren gaat.”²⁰

Deze passage lijkt mij overtuigend. De wetgever erkent dat niet gegeven is dat de crediteur met de opeisbaarheid van de vordering bekend is, maar objectificeert in zekere zin het kennisvereiste door te betogen, kort gezegd, dat van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij met de opeisbaarheid bekend is.

18 Zo overweegt zij ten aanzien van leningen die slechts repayable on demand zijn het volgende: “We therefore propose to provide that the cause of action in relation to the repayment of a loan [repayable on demand – JLS] will not accrue until a written demand for repayment is made. In consequence, the fact that a written demand has been made will be one of the relevant facts which the claimant needs to know before the primary limitation period is triggered (...)”; Law Commission (2001), p. 99.

19 “Die Kommission für die zweite Lesung des BGB sprach dann von der Entstehung des Anspruchs statt von der Fälligkeit, um Definitionsschwierigkeiten zu vermeiden (vgl Prot I 210), dies aber ohne die Absicht einer Sachlichen Änderung”; Staudinger-Peters (2004), § 199 Rnr. 5.

20 Parl. Gesch. Inv., p. 1412.

Die objectivering is slechts verantwoord als wij een zekere onderzoeksplicht veronderstellen. Die lijkt mij er inderdaad te zijn. Wie een overeenkomst sluit, wil verbintenissen doen ontstaan. In dat eigen initiatief van de crediteur ligt ook het principiële verschil met de vorderingen die door de art. 3:309, 3:310 en 3:311 BW worden bestreken. De crediteur weet vanaf het moment van het sluiten van de overeenkomst dat hij een wederpartij heeft met wiens belangen hij rekening moet houden. Daarom mag mijns inziens inderdaad van hem verwacht worden dat hij het nodige doet om het tijdstip van opeisbaarheid te kennen. Opmerking verdient dat het een grond voor verlenging van de verjaring oplevert als de debiteur de opeisbaarheid van de schuld opzettelijk verborgen houdt (art. 3:321 lid 1 sub f BW).

Vanuit de rechtsverwerkingsgedachte is interessant de vraag hoe vaak het zich zal voordoen dat de crediteur het moment van opeisbaarheid niet kent, ondanks dat hij aan zijn 'onderzoeksplicht' heeft voldaan. Als dat met regelmaat zou voorkomen, dan zou dat een zwaar argument tegen de opeisbaarheid als zelfstandig criterium opleveren. Haug schrijft: "Der Fall, daß ein Anspruch zwar fällig ist, aber noch nicht im Wege der Klage geltend gemacht werden kann, ist ausgesprochen selten und rechtfertigt nicht ein Abgehen von der Fälligkeit als Zeitpunkt des Verjährungsbeginns."²¹ Dit is welbeschouwd een empirische kwestie. Mijn inschatting zou zijn dat een dergelijk geval inderdaad *ausgesprochen selten* is. Ik heb er in de rechtspraak ook niet één voorbeeld van gevonden. Het lijkt er op dat wij de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet overvragen door hem toe te passen in die gevallen waarin het moment van opeisbaarheid toch niet zou samenvallen met (geobjectiveerde) bekendheid met dat moment.

Met de inschatting dat het zich zelden zal voordoen dat het moment van opeisbaarheid niet samenvalt met het moment van bekendheid met die opeisbaarheid, is gegeven dat het praktische verschil tussen de Nederlandse bepaling, die slechts opeisbaarheid eist, en de Duitse, die daarbij ook bekendheid eist, waarschijnlijk gering is. Temeer daar de Duitse wetgever de bekendheid ook nadrukkelijk objectieveert ("Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste").

In het voorgaande stond art. 3:307 BW centraal. Gemotiveerd werd uitsluitend dat het moment van opeisbaarheid een gelukkig aanvangsmoment is bij de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst. Ook in art. 3:308 BW, dat de verjaring van periodieke vorderingen regelt, is evenwel het moment van opeisbaarheid doorslaggevend voor aanvang van de vijfjaarstermijn. Genoemd zijn daar de vorderingen tot betaling van renten van geldsommen, lijfrenten, dividenden, huren, pachten en voorts alles wat bij het jaar of een kortere termijn moet worden betaald.

Waar de wetgever in het kader van art. 3:307 BW vrij uitvoerig beargumenteert waarom opeisbaarheid een rechtvaardig criterium biedt (zie het citaat hiervoor), zwijgt hij op dit punt bij zijn toelichting op art. 3:308 BW. Ik vermoed evenwel dat hij desgevraagd een ongeveer gelijklopende redenering zou voeren, omdat hij art. 3:308 BW weliswaar waarschijnlijk niet als specialis van art. 3:307 BW in strikte zin

21 Haug, diss., p. 55.

beschouwt, maar tussen deze artikelen wel een uitgesproken verwantschap ziet. Het volgende citaat gaf mij aanleiding tot die veronderstelling:

“De opsomming [van art. 3:308 BW – JLS] is enigszins aangepast, nu vorderingen tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of een doen reeds krachtens artikel [3:307 – JLS] in vijf jaren verjaren. Renten zijn uitdrukkelijk vermeld, omdat het om wettelijk rente kan gaan, huren en pachten, omdat ook van deze soms betoogd kan worden dat zij geheel of ten dele uit de wet voortvloeien (huurbescherming) en overigens omdat het hier voor de praktijk zeer belangrijke gevallen betreft.”²²

Een principieel onderscheid tussen vorderingen als bedoeld in de art. 3:307 en 3:308 BW wordt niet gemaakt. Het lijkt er bijna op dat de wetgever zekere vorderingen ‘veiligheidshalve’ expliciet in art. 3:308 BW heeft benoemd, om er zeker van te zijn dat, mochten zij niet gedekt worden geacht door art. 3:307 BW, toepasselijkheid van de subjectieve vijfjaarstermijn met opeisbaarheid als beginpunt toch verzekerd is.

Zelf zou ik inderdaad menen dat een redenering als die de wetgever voerde in het kader van art. 3:307 BW ook hier geldig is, en dat dus ook hier de opeisbaarheid voor het aanvangsmoment van de subjectieve termijn een juist criterium biedt.

16.3.4 De formulering van art. 3:310 BW; bekendheid met ‘de fout’ is niet genoemd

De Duitse bepaling vergt bekendheid met “den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis”, de Engelse met “the facts which give rise to the cause of action” en “the identity of the defendant”. Men kan de Duitse en Engelse bepaling op dit punt dus wel identiek noemen. In bijvoorbeeld het schadevergoedingsrecht wil in Duitsland kennis van de *Anspruch begründenden Umständen* zeggen bekendheid met “die Rechtsgutverletzung, die Handlung des Schädigers, ihre Kausalität für die Rechtsguterverletzung, die Rechtswidrigkeit, die den Verschuldensvorwurf begründenden Tatsachen, der Schaden”.²³ Kennis van de *Person des Schuldners* wil zeggen dat de crediteur bekend is met de naam en adres van de debiteur.²⁴

Ons art. 3:310 BW is anders. Ook art. 3:310 BW vraagt bekendheid met de aansprakelijke persoon. Maar waar de Duitse en de Engelse bepalingen vervolgens het brede vereiste van bekendheid met de feiten waarop de vordering is gebaseerd stellen, volstaat art. 3:310 BW met bekendheid met “de schade”.

Het belangrijkste verschil tussen bekendheid met “de feiten waarop de vordering is gebaseerd” en bekendheid met “de schade” is waarschijnlijk dat hoe men “de feiten waarop de vordering is gebaseerd” ook interpreteert, daaronder altijd bekendheid met de fout valt, terwijl dat voor bekendheid met “de schade” niet geldt; bij onwelwillende lezing valt bekendheid met de fout niet onder bekendheid met “de schade”.

22 Parl. Gesch. Inv., p. 1412.

23 Staudinger-Peters (2004), § 199 Rnr. 45.

24 Staudinger-Peters (2004), § 199 Rnr. 48.

Dit laat zich illustreren aan de hand van de zaak die tot het bekende Saelman-arrest²⁵ heeft geleid. Bij de bevalling van een kind in november 1987 treden ernstige complicaties op. De geboorte vindt uiteindelijk via een keizersnede plaats. Het kind houdt blijvend hersenletsel en blijkt niet in staat te zijn ander dan speciaal onderwijs te volgen. In december 1994 (dus ruim zeven jaar na de bevalling) vindt een gesprek plaats tussen de ouders en de bij de bevalling betrokken gynaecoloog. De ouders stellen dat zij er tijdens dat gesprek voor het eerst mee bekend zijn geraakt dat tijdens de bevalling fouten zijn gemaakt en beginnen een procedure tot vergoeding van materiële en immateriële schade.

De gynaecoloog en het ziekenhuis verweren zich onder andere met een beroep op art. 3:310 lid 1 BW, in welk kader zij benadrukken dat het bij dat artikel slechts gaat om bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon. De rechtbank honoreert het verjaringsberoep, overwegende, kort gezegd, dat inderdaad de vijfjarige verjaringstermijn aanvangt op het moment van bekendheid met de *schade* en de daarvoor *aansprakelijke persoon*, en dat aan aanvang van de termijn niet in de weg staat aan onbekendheid met de *fout*.²⁶ Het hof²⁷ volgt de rechtbank, overwegende:

“Het was [de ouders] in 1987 bekend wie de behandeling had uitgevoerd en wie voor de ontstane schade aansprakelijk waren te stellen, voor zover er aansprakelijkheid was. De omstandigheid dat [de ouders] in eerste instantie er niet mee bekend waren dat die persoon of personen voor de ontstane schade aansprakelijk waren te stellen, wat ook van de beweerde aansprakelijkheid zij, betekent niet dat zij voordien niet met de aansprakelijke persoon of personen bekend waren. De conclusie is dan ook dat voor de in het geding zijnde schade de verjaringstermijn in 1987 is gaan lopen.”

Nu kan men geneigd zijn deze overweging weg te honen en te stellen dat *natuurlijk* bekendheid met de schade bekendheid met de fout impliceert. Immers, men weet pas dat schade ook schade in de juridisch relevante betekenis is, als men ook weet dat er een fout is. Bovendien is het vanuit de gedachte dat het erom gaat vanaf welk moment van de crediteur redelijkerwijze juridische actie verwacht mag worden, onbestaanbaar dat bekendheid met de fout niet vereist zou zijn.

Op zichzelf ben ook ik die mening toegedaan; net als de Hoge Raad meen ik dat de hofoverweging verkeerd is. Maar dat is hier niet de kwestie. Waar het hier om gaat, is of art. 3:310 BW optimaal geformuleerd is, of dat het beter kan. Ik zou menen dat het laatste het geval is. Ik noem de volgende redenen.

De eerste vloeit min of meer voort uit het bovenstaande: een wettelijke regeling moet de gedachte waarop zij is gestoeld met zo min mogelijk ruimte voor misverstanden tot uitdrukking brengen. Voor wie de gedachte achter de subjectieve termijn helder voor ogen staat, is het vanzelfsprekend dat de crediteur ook bekend moet zijn met de fout. Maar de praktijkjurist is zich niet steeds bewust van ‘de gedachte achter een

25 HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112.

26 Rechtbank Amsterdam 11 april 2001, rolnr. H 99.0613 (ongepubliceerd).

27 Hof Amsterdam, 16 mei 2002, rolnr. 974/01 (ongepubliceerd).

bepaling'. Hij moet zoveel mogelijk kunnen varen op de letterlijke bewoordingen van de wet. Dat die bewoordingen onvoldoende eenduidig zijn, suggereert in de eerste plaats de Saelman-zaak, waar zowel de rechtbank, als het hof, als vervolgens ook nog de A-G bekendheid met de fout niet noodzakelijk achtten. In de Engelse rechtspraak heeft deze verkeerde lezing eveneens opgeld gedaan, ongecorrigeerd door hogere rechtspraak zelfs – daarover straks meer.

Naast herkenbaar foutieve lezing van art. 3:310 BW dreigt ook het wat meer verholen gevaar dat rechters hun aandacht toespitsen op bekendheid met schade en aansprakelijke persoon en vervolgens in woord nog wel belijden dat ook bekendheid met de fout ertoe doet, maar in daad de bekendheid met de fout al te snel aannemen. Misschien kan de volgende hofoverweging dit punt verduidelijken:²⁸

“6. Bij beoordeling van de vraag wanneer de verjaring is aangevangen acht het hof het volgende van belang.

a. In het kader van een voorlopig getuigenverhoor dat op verzoek van [geïn-timeerde] is gehouden met het ziekenhuis en [de dokter] als wederpartijen, heeft [geïntimeerde] onder meer het volgende verklaard:

“Na de operatie, toen ik weer wat bij gekomen was voelde ik mij anders dan na de andere operaties. Het leek alsof er een blok beton vanaf mijn rechterknie in bed lag. Dit was mijn onderbeen en voet. Pijnklachten had ik toen nog niet. Ik raakte in paniek en heb de verpleegsters ingeschakeld omdat ik een raar gevoel en functieverlies in mijn rechter onderbeen en voet had. Ik dacht op dat moment dat ik een klapvoet zou kunnen hebben. Daar had ik zij het in verband met een hersenbloeding wel eens van gehoord. (...) Ik heb diverse malen om [de dokter] gevraagd. Diezelfde dag rond vijf uur heeft [de dokter] mij bezocht. Mijn man en dochter waren al op bezoek en zijn bij het gesprek aanwezig geweest. [De dokter] liet mij na lang aandringen weten dat ik een klapvoet had.”

In de inleidende dagvaarding onder 2 voegt [geïntimeerde] hieraan toe dat [de dokter] haar had verteld dat zij bij de operatie een klapvoet had opgelopen als gevolg van een beschadiging van de nervus ischiadicus.

b. Tijdens dat voorlopig getuigenverhoor heeft de echtgenoot van [geïntimeerde], L [naam geïntimeerde], als getuige onder meer het volgende verklaard:

“Eind 1992 vonden de voorbereidingen voor de operatie plaats en op 1 februari werd ze opgenomen en geopereerd. Op die dag kwam ik om vier uur met mijn oudste dochter op bezoek en vernam van mijn vrouw dat ze het idee had dat er iets niet klopte. Ze was in paniek, ze wist wat ze normaal gesproken na een heupoperatie moest voelen maar nu leek het of haar been aan het bed vastgespijkerd zat. Ze heeft gevraagd naar [de dokter], die kwam op zaal en zei niet veel maar keek bedremmeld. Mijn vrouw vroeg “Dokter heb ik nu een klapvoet”. Dit werd schoorvoetend beaamd en er werd aan toegevoegd dat het wel weer goed zou komen.”

28 Hof Den Haag, 28 november 2006 (niet gepubliceerd), LJN: AZ3315.

c. Vast staat dat [geïntimeerde] niet tevoren was gewezen op het risico van complicaties bij de operatie. Zij verklaart als getuige nog:

“Ik ben door [de dokter] op geen enkel risico in verband met de te ondergane ingreep geweest. Ook heb ik niet bijvoorbeeld tijdens gesprekken met andere patiënten van mogelijke risico’s vernomen.”

7. Een en ander, mede in onderlinge samenhang bezien, laat geen andere conclusie toe dan dat [geïntimeerde] reeds op 1 februari 1993, kort na de operatie, toen zij de klapvoet gewaar werd, voldoende zekerheid had dat zij bij de operatie schade had opgelopen welke (mede) was veroorzaakt door tekort-schietend of foutief medisch handelen van [de dokter].”

Ik slaag er niet in om met het Hof in de door hem aangehaalde getuigenverklaringen te lezen dat eiseres inderdaad het besef had dat de arts een fout had gemaakt.²⁹ Dat zij haar schade (de klapvoet) en de aansprakelijke persoon (de arts) kende blijkt inderdaad heel duidelijk; dat zij van de fout wist blijkt mijns inziens nergens.³⁰ Denkbaar is dat het Hof de vraag naar bekendheid met de fout scherper onder ogen had gezien als art. 3:310 BW op dit punt dwingender was geformuleerd.

Ten tweede. Als men de feiten waarvan de crediteur kennis moet hebben om een vordering te kunnen instellen hiërarchisch zou willen ordenen, is de fout eerste in rang. Alle andere feiten krijgen pas een juridische kleur als het besef bestaat dat er een fout is gemaakt. Begrippen als schade, aansprakelijke persoon en causaal verband *veronderstellen* het bestaan van een fout. Voor de benadeelde is schade geen schade in de juridische zin van het woord zolang hij de fout niet kent. Hetzelfde geldt voor de aansprakelijke persoon en het causaal verband. Aldus beschouwd is de kennis van de fout bij uitstek een feit dat men moet kennen alvorens de relatieve termijn kan aanvangen. Dat maakt het in het bijzonder ongelukkig dat de wetgever juist bekendheid met de fout in art. 3:310 niet noemt.

De prominentie van de bekendheid met de fout komt ook tot uitdrukking in het denken over een mogelijke plicht tot onderzoek van de crediteur naar feiten die hij nog niet kende, maar die hij wel had kunnen achterhalen. Het beginpunt van iedere redenering daarover moet bekendheid met de fout zijn; pas op dat moment kan de crediteur zich bewust zijn van een ‘wederpartij’ jegens wie hij, gegeven de belangen van die wederpartij, eventueel een *Obliegenheit* tot het doen van (enig) onderzoek heeft.³¹

Ten derde, rechtsvergelijkend: in de Duitse en de Engelse bepaling is een bredere bekendheidsvereiste verwoord dan de Nederlandse. Er is geen goede reden op dit punt

29 Tenzij de fout van de arts gelegen zou zijn in het tekortschieten in zijn verplichting tot informed consent (zie r.o. 6c), maar dat aspect speelt in de procedure geen rol.

30 Óf de vrouw al dan niet bekend was met de fout is mij uiteraard niet bekend; ik wil niet meer gezegd hebben dan dat die bekendheid niet blijkt uit de door het Hof geciteerde verklaringen.

31 Zie over dit onderwerp nader § 3.2.2.5.

een afwijkende koers te varen, integendeel. Die rechtsvergelijkende opmerking is als volgt te verdiepen.

Het Nederlandse art. 3:310 BW is ontleend aan de voorganger van de huidige § 199 BGB, de oude § 852;³² de bewoordingen van art. 3:310 BW en § 852 zijn identiek. Het model waarnaar onze bepaling is gevormd, is dus door de Duitse wetgever zelf weer verworpen; hij heeft met het nieuwe § 199 BGB voor een breder bekendheidsbegrip gekozen.

In Engeland doet zich een vergelijkbare ontwikkeling voor. Onder de art. 14 en 14A van de Limitation Act is voor aanvang van de subjectieve termijn evenmin expliciet bekendheid met de fout vereist. Anders dan in Nederland, waar de Hoge Raad in het Saelman-arrest terecht de bekendheid met de fout ‘in art. 3:310 BW heeft gelezen’, bepaalde daar de Court of Appeal dat bekendheid met de fout niet vereist is. De Law Commission houdt die beslissing voor onwenselijk, en komt daarom nu met het brede “the facts which give rise to the cause of action”. Haar overwegingen zijn voor ons interessant:

“Our recommendations, therefore, differ from the position under the current law, where the constituent elements which the claimant needs to know before time starts running against him or her are set out in detail in sections 14 and 14A of the Limitation Act 1980. The problems to which this has given rise are illustrated in *Dobbie v Medway Health Authority*. Here, the claimant was admitted to hospital for the excision of a lump from her breast. The defendant considered that the lump appeared to be cancerous and, without further examination, removed the claimant’s breast. Very shortly after the operation the claimant learned that the lump had not been cancerous, but she was led to believe that the practice followed was usual and proper. Only fifteen years later she learned that the lump could (and indeed should) have been excised first and subjected to a pathological examination which would have shown that the removal of her breast was unnecessary.

The Court of Appeal upheld the trial judge’s decision that within three years of the operation the claimant had knowledge of all the relevant facts and that her claim was therefore time-barred. The claimant was aware of the facts required by section 14 of the Limitation Act 1980 as soon as she knew that her breast had been removed by the doctor and that it was not cancerous. She knew, that is, that the injury (the loss of a breast) was significant, that it was attributable to the act alleged to be negligent (the operation performed on her) and the identity of the defendant (the health authority concerned). Whether or not she knew that it would have been possible to pre-test for cancer, and that the act in question could therefore be considered negligent, was seemingly irrelevant. In contrast, under the definition of the date of knowledge which we recommend the claimant would not have actual knowledge of all the relevant facts giving rise to the cause of action until she knew that the lump could have been removed and tested for cancer before her breast was removed.”

32 “Der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenden Schadens verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchen der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt (...)”.

Similarly, in *Saxby v Morgan* the claimant was seeking damages for an unwanted pregnancy after her doctor had wrongly advised her that her pregnancy was too advanced for her to have an abortion. She did not discover that the doctor's advice was incorrect until she obtained copies of her medical records. However, the court held that under section 14 of the Limitation Act 1980 she knew all the relevant facts on the date that she visited her doctor. That is, she knew of her injury (the continuation of an unwanted pregnancy); the act of the defendant (the advice that she could not have an abortion); and that this act caused the injury (since by relying on it, she did not have an abortion). Under our recommended definition of the date of knowledge, this would change because Mrs Saxby would not have actual knowledge of one of the facts giving rise to the cause of action until the date when she learnt that the doctor's advice was incorrect."³³

Tot zover de gronden waarop ik meen dat art. 3:310 BW tot uitdrukking zou moeten brengen dat ook bekendheid met de fout vereist is. Ik heb nog niets gezegd over andere feiten die wél aan de vordering ten grondslag liggen, maar de bekendheid waarmee volgens art. 3:310 BW niet vereist is voor aanvang van de subjectieve termijn. De belangrijkste in die categorie lijkt mij de kennis van *conditio sine qua non*-verband tussen fout en schade. Ook de bekendheid met dat feit zou in art. 3:310 BW tot uitdrukking moeten komen, om vergelijkbare redenen als waarom bekendheid met de fout tot uitdrukking zou moeten komen (alleen de tweede reden geldt niet).

Hoe moet het dan wel? Het ligt voor de hand eenvoudig de Duitse en Engelse formule te kopiëren. Bepaald zou aldus worden dat de termijn aanvangt op het moment waarop de crediteur bekend raakt met de feiten waarop de vordering is gebaseerd.

Over het volgende kan men twijfelen. In het *Report* van de Law Commission staat:

"A small minority expressed concern that the phrase 'cause of action' is ambiguous in this context, leaving it unclear precisely what facts the claimant needs to know before the limitation period starts to run. We have considered whether it is possible to express this concept more precisely by providing exactly what facts a claimant must know in relation to a particular cause of action. However it has proved impracticable to identify exactly which facts would be relevant in relation to every single cause of action which will be covered by the regime we propose."³⁴

De beslissing van de Law Commission om af te zien van het opsommen van alle te kennen feiten is begrijpelijk, omdat haar bepaling algemeen toepasselijk is. Dat geldt niet voor art. 3:310 BW. Art. 3:310 BW regelt slechts de vordering tot schadevergoeding. Die beperking maakt het mogelijk en daardoor wellicht wenselijk toch alle feiten op te noemen waarmee bekendheid vereist is. Mocht de wetgever bij herziening van de regeling de bijzondere bepaling voor verjaring van schadevergoedingsvordering willen handhaven – wat ik overigens op zichzelf niet voor wenselijk houd³⁵ – dan zou ik suggereren het volgende expliciet te noemen: bekendheid met (i) de fout of

33 Law Commission (2001), p. 42.

34 Law Commission (2001), p. 42.

35 Zie nader § 13.2.3.

de tekortkoming, (ii) de schade (iii) het conditio sine qua non-verband en (iv) de toerekenbaarheid van de fout of de tekortkoming. Combinatie met een frase als “Voor aanvang van de termijn is bekendheid vereist met de feiten waarop de vordering is gebaseerd, waaronder in ieder geval [volgt de opsomming – JLS]” laat zich denken.

16.4 Conclusie

In dit hoofdstuk werd de formulering van het aanvangsmoment van de subjectieve termijn in de art. 3:307-3:311 BW gezien.

Voor alle bepalingen geldt dat het aanbeveling verdient het Duitse model te volgen in die zin dat het aanvangsmoment van de subjectieve termijn niet op de dag, maar tegen het eind van het kalenderjaar wordt bepaald. Denkbaar is bovendien dat de wetgever het begrip “kennis” in de bepalingen 3:309-3:311 enigszins nader definieert.

Wat betreft de centrale begrippen ‘opeisbaarheid’ (art. 3:307 en 3:308 BW) en ‘bekendheid’ (art. 3:307 – 3:311 BW) heeft de wetgever een gelukkige hand gehad; zij vormen de beste wettelijke vertaling van de rechtsverwerkingsgedachte gelet op (i) de precisie waarmee zij die gedachte representeren en (ii) de mate waarin zij een duidelijke en concrete maatstaf bieden.

Art. 3:310 BW is niet goed geformuleerd, in die zin dat het onvoldoende tot uitdrukking brengt dat naast bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon voor aanvang van de termijn tevens bekendheid vereist is met de andere feiten waarop de vordering is gebaseerd. Misverstand bleek met name mogelijk ten aanzien van de vraag of ook bekendheid met de fout vereist is. Een herzien art. 3:310 BW zou moeten bepalen dat bekendheid met alle feiten waarop de vordering berust is vereist, eventueel gevolgd door de toevoeging dat daaronder in ieder geval worden verstaan bekendheid met (i) de fout of de tekortkoming, (ii) de schade (iii) het conditio sine qua non-verband (iv) de toerekenbaarheid van de fout of de tekortkoming.

17 | De stuitingsregeling

17.1 Inleiding

De Nederlandse stuitingsregeling is in twee opzichten opvallend crediteursvriendelijk. Ten eerste wordt aan uitingen van de crediteur snel stuitende werking toegekend en ten tweede sorteert de stuitingshandeling gedurende zeer lange termijn effect. De crediteur kan, bijvoorbeeld, zijn wederpartij begin 2010 met een drieregelig briefje aanspreken tot vergoeding van schade als gevolg van een toerekenbaar tekortschieten in 2005, en vervolgens ongestraft tot begin 2015 wachten met het nemen van nadere actie (art. 3:317 jo. 3:319 BW).¹ In dit hoofdstuk wordt de wenselijkheid van dit stelsel onderzocht.

Voorts is er aandacht voor de precieze bewoordingen van twee stuitingsbepalingen, te weten 3:315 – dat bepaalt dat de verjaring wordt gestuit door “het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolging” – en voor art. 3:317 BW – dat bepaalt dat de verjaring wordt gestuit door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Twijfel over de bewoordingen van het eerstgenoemde artikel wordt gevoed door beschouwing van het Duitse recht; twijfel over de bewoordingen van art. 3:317 BW wordt gevoed doordat de Hoge Raad bij herhaling feitenrechters moet corrigeren die het artikel verkeerd toepassen.

Tevens wordt ingegaan op de vraag of het BW zou moeten voorzien in een bepaling die in het bijzonder de stuitende werking van onderhandelingen regelt.

De stuitingsregeling is bij uitstek een onderwerp waarbij ik inspiratie heb geput uit de rechtsvergelijking. Laat ik daarom thans beginnen met de weergave van het Duitse en Engelse stuitingsrecht.

17.2 Rechtsvergelijking

17.2.3 Duitsland

Zowel wat vorm als wat inhoud betreft, verschilt het Duitse verjaringsrecht drastisch van het Nederlandse.

¹ Deze opmerking geldt alleen waar de algemene termijn van vijf jaar van toepassing is. In de boeken 7 en 8 komen veelal kortere termijnen voor. Daar doet de twijfel die in de hoofdtekst doorklinkt – en die later nog zal worden uitgewerkt – in veel mindere mate opgeld.

De belangrijkste ‘stuitingsfiguur’ in het Duitse recht is de zogenaamde *Hemmung*. De *Hemmung* heeft niet tot gevolg, zoals de Nederlandse stuiting, dat een nieuwe termijn aanvangt, maar heeft slechts tot gevolg dat de periode gedurende welke de verjaring *gehemmt* is, de termijn niet loopt.² Als de *hemmungsgrond* voorbij is, begint de teller weer te lopen waar hij was gebleven. De extra tijd die de Nederlandse crediteur verkrijgt door te stuiten, verkrijgt de Duitse crediteur dus niet. Ik geef de *Hemmungsgronden* weer:

- Onderhandelingen (§ 203³);
- Een procedure tot nakoming (§ 204⁴);
- Het bestaan van het recht nakoming te weigeren (§ 205⁵);
- Overmacht tot het instellen van een vordering (§ 206⁶);
- Het bestaan van familiale verhoudingen (§ 207⁷);
- Minderjarigheid bij seksueel misbruik (§ 208⁸).

Naast de *Hemmung* kent het Duitse recht, met een veel minder breed bereik, ook de *Ablaufhemmung*⁹ en de *Neubeginn der Verjährung*.¹⁰ Van *Ablaufhemmung* is sprake bij handelingsonbekwaamheid en nalatenschappen. Zij heeft tot gevolg dat de verjaringstermijn niet eindigt binnen zes maanden nadat de handelingsonbekwaamheid is geheeld of de nalatenschap waartoe de vordering behoort, is aanvaard. Van *Neubeginn der Verjährung* is sprake bij erkenning en bij een executiemaatregel. Zij heeft tot gevolg dat de verjaring opnieuw begint te lopen na de erkenning of de executiemaatregel.

Wat bij ons de hoofdregel is, de aanvang van een nieuwe termijn, is dus in het Duitse recht de uitzondering. En wat in het Duitse recht de hoofdregel is, de *Hemmung*, bestaat bij ons niet. Wij kennen wel wat de Duitsers *Ablaufhemmung* noemen – ons equivalent is verlenging van de verjaringstermijn – maar *Ablaufhemmung* en verlenging liggen wat hun praktische betekenis betreft buiten het centrum van beide stelsels.

Dat betekent onder andere dat de in kwantitatieve zin belangrijkste stuitingshandeling naar Nederlands recht, de schriftelijk verklaring waaruit blijkt dat de crediteur zijn recht op nakoming voorbehoudt (art. 3:317 BW), naar Duits recht geen effect zou hebben. Hij staat niet genoemd in het rijtje *hemmungsgronden* van zo-even. Dat is ook logisch, omdat al die *Hemmungsgronden* een zekere periode bestrijken. Anders is er immers geen “Zeitraum” gedurende hetwelk de handeling *hemmende* werking kan hebben. De schriftelijke mededeling is slechts een punt in de tijd en kan daardoor naar zijn aard niet op zichzelf *hemmen*.

2 Zie § 209: “Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet.”

3 “Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen”.

4 “Hemmung der Verjährung durch Rechtsverfolgung”.

5 “Hemmung der Verjährung bei Leistungsverweigerungsrecht”.

6 “Hemmung der Verjährung bei höherer Gewalt”.

7 “Hemmung der Verjährung aus familiären und ähnlichen Gründen”.

8 “Hemmung der Verjährung bei Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung”.

9 § 210 en § 211.

10 § 212.

Het dichtst bij het Duitse systeem komt art. 3:317 lid 2 BW, dat bepaalt dat de verjaring wordt gestuit door een schriftelijke aanmaning, indien deze binnen zes maanden wordt gevolgd door het instellen van een eis. Er is dan wél een ‘proces’ dat een zekere periode beslaat. Art. 3:317 lid 2 ziet evenwel slechts op rechtsvorderingen niet zijnde een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis en kan daardoor met recht een uitzonderingsbepaling worden genoemd. De bijna steeds toepasselijke hoofdregel, neergelegd in lid 1, voorziet niet in de ‘verplichting’ de aanmaning met een procedure te vervolgen.

Misschien is in wat algemener termen over het verschil tussen het Duitse en het Nederlandse regime het volgende te zeggen. Het Duitse systeem neemt de verplichting van de crediteur om zijn vordering op enig moment werkelijk na te jagen zeer serieus. De belangrijkste *hemmungs*gronden, het voeren van onderhandelingen en procederen, zijn slechts van kracht zolang zij werkelijk plaatsvinden, zolang dus de crediteur actief bezig is zijn vordering te innen.¹¹ Het Nederlandse systeem vergt die activiteit niet. Het vergt van de crediteur dat hij zijn wederpartij doet weten dat het hem met de vordering nog menens is, maar het vergt van hem niet dat hij daarna de daad bij het woord voegt door aan die mededeling processueel gevolg te geven. Tot zover de inhoud van het stuitingsrecht.

Dan wat de vorm betreft. Het Nederlandse regime is bescheiden van omvang. De kern is vervat in vier korte bepalingen. Geregeld zijn daar stuiting door: het instellen van een eis (3:316), door een schriftelijke aanmaning of mededeling (3:317) en door erkenning (art. 3:318 BW). Art. 3:319 BW regelt de gevolgen van stuiting. Het langste artikel kent drie leden. Naast deze vier artikelen zijn er tot slot twee artikelen over de verlenging van verjaring.

De Duitse stuitingsregeling is veel uitgebreider. De stuitingstitel is anderhalf keer zo lang als de titel waarin de toepasselijke termijnen en hun duur zijn geregeld. Er zijn zeven uitvoerige bepalingen over *Hemmung* en nog vier eveneens uitvoerige bepalingen over de figuren *Ablaufhemmung* en *Neubeginn der Verjährung*. Op één aspect van de – vanuit Nederlands perspectief – Duitse breedsprakigheid wil ik nader ingaan, te weten de wijze waarop de Duitsers verwoorden wat, in onze termen, moet worden verstaan onder een daad van rechtsvervolging. Ons art. 3:316 BW bepaalt:

“1. De verjaring van een rechtsvordering wordt gestuit door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolging van de zijde van de gerechtigde, die in de vereiste vorm geschiedt.

2. (...)

3. De verjaring van een rechtsvordering wordt ook gestuit door een handeling, strekkende tot verkrijging van een bindend advies, mits van die handeling met bekwame spoed mededeling wordt gedaan aan de wederpartij en zij tot verkrijging van een bindend advies leidt. (...)”

11 § 203 bepaalt over onderhandelingen: “(...) so ist die Verjährung gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert (...)”. § 204 lid 2 bepaalt over de rechtsvervolging: “Die Hemmung (...) endet sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens. (...)”.

De Duitse wetgever heeft getuige § 204 BGB niet willen volstaan met een min of meer open formulering als “iedere andere daad van rechtsvervolging”. Om een indruk te geven van de mate van detail van de bepaling – niet zozeer om haar precieze inhoud – volgt hier weergave van § 204:

“(1) Die Verjährung wird gehemmt durch

1. die Erhebung der Klage auf Leistung oder auf Feststellung des Anspruchs, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlass des Vollstreckungsurteils,
2. die Zustellung des Antrags im vereinfachten Verfahren über den Unterhalt Minderjähriger,
3. die Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren,
4. die Veranlassung der Bekanntgabe des Güteantrags, der bei einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle oder, wenn die Parteien den Einigungsversuch einvernehmlich unternehmen, bei einer sonstigen Gütestelle, die Streitbeilegungen betreibt, eingereicht ist; wird die Bekanntgabe demnächst nach der Einreichung des Antrags veranlasst, so tritt die Hemmung der Verjährung bereits mit der Einreichung ein,
5. die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozess,
6. die Zustellung der Streitverkündung,
7. die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens,
8. den Beginn eines vereinbarten Begutachtungsverfahrens oder die Beauftragung des Gutachters in dem Verfahrens nach § 641a,
9. die Zustellung des Antrags auf Erlass eines Arrestes, einer einstweiligen Verfügung oder einer einstweiligen Anordnung, oder, wenn der Antrag nicht zugestellt wird, dessen Einreichung, wenn der Arrestbefehl, die einstweilige Verfügung oder einstweilige Anordnung innerhalb eines Monats seit Verkündigung oder Zustellung an den Gläubiger dem Schuldner zugestellt wird,
10. die Anmeldung des Anspruchs im Insolvenzverfahren oder im Schifffahrtsrechtlichen Verteilungsverfahren,
11. den Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens,
12. die Einreichung des Antrags bei einer Behörde, wenn die Zulässigkeit der Klage von der Vorentscheidung dieser Behörde abhängt und innerhalb von drei Monaten nach Erledigung des Gesuchs die Klage erhoben wird; dies gilt entsprechend für bei einem Gericht oder bei einer in Nummer 4 bezeichneten Gütestelle zu stellende Anträge, deren Zulässigkeit von der Vorentscheidung einer Behörde abhängt,
13. die Einreichung des Antrags bei dem höheren Gericht, wenn dieses das zuständige Gericht zu bestimmen hat und innerhalb von drei Monaten nach Erledigung des Gesuchs die Klage erhoben oder der Antrag, für den die Gerichtsstandsbestimmung zu erfolgen hat, gestellt wird, und
14. die Veranlassung der Bekanntgabe des erstmaligen Antrags auf Gewährung von Prozesskostenhilfe; wird die Bekanntgabe demnächst nach der Einreichung des Antrags veranlasst, so tritt die Hemmung der Verjährung bereits mit der Einreichung ein.”

De vraag rijst of het Nederlandse artikel dat de stuiting door rechtsvervolging regelt, art. 3:316 BW, een vergelijkbare opsomming zou moeten bevatten.

Tot zover het Duitse stuitingsregime. Thans volgt de bespreking van het Engelse stuitingsrecht.

17.3.3 Engeland

Ook tussen Engels en Nederlands stuitingsrecht bestaat groot verschil. “As a general rule it may be said that the English law of limitations does not permit the running of time to be suspended once it has started”.¹² Slechts een procedure stopt de *running of time*. Die beperkte mogelijkheid de verjaring af te wenden is een belangrijk uitgangspunt van het Engelse verjaringsdenken. Het komt onder andere tot uiting in de overwegingen betreffende de lengte van de termijn. Die moet niet te kort zijn, immers, “The interests of society will not be served if plaintiffs are obliged to bring proceeding before they have had an opportunity to explore the possibility of settlement.”¹³ De mogelijkheid aan die onderhandelingen stuitende werking toe te kennen, of de crediteur de mogelijkheid te geven middels een schriftelijke mededeling te ‘stuiten’ zodat hij geen procedure hoeft te beginnen, wordt niet ook maar in ogenschouw genomen.

De Law Commission schrijft over de regel dat slechts *the issuing of proceedings* verjaring afwendt:

“In the Consultation Paper we provisionally recommended that no change should be made to the current law under which the limitation period stops running when proceedings are issued against the defendant. This provisional recommendation was overwhelmingly supported by consultees: over ninety-five per cent of those who responded on this point agreed.”¹⁴

Dienovereenkomstig beveelt de Law Commission aan “that no change is needed to the present position that the limitation period should stop running when proceedings are issued”.¹⁵

Dat deze regel van grote betekenis is, wil niet zeggen dat zij zonder uitzondering is. De verjaringstermijn wordt verlengd in geval van (i) disability, in welk kader onderscheiden wordt tussen minderjarigheid en geestelijke stoornis, en in geval van (ii) *concealment*, waarmee wordt bedoeld het verbergen van feiten waaruit de crediteur het bestaan van zijn vordering kan kennen. Een nieuwe termijn begint te lopen in geval van (iii) *Acknowledgement* en *Part Payment*, hetgeen eenvoudig betekent erkenning of gedeeltelijke betaling uit welke een erkenning valt op te maken.

Onder de Limitation Act komt aan (iii), *Acknowledgement* en *Part Payment*, vrij beperkte betekenis toe, in die zin dat zij slechts ‘stuitende werking’ hebben in geval van bepaalde typen claims, te weten *claims for the recovery of land, claims in relation to mortgages, claims to recover a debt or other liquidated sum, en claims to recover a share or interest in the personal estate of a deceased person*.¹⁶ De Law Commission ziet voor die beperking geen grond en suggereert uitbreiding tot alle claims:

¹² McGee (2006), nr. 2.010.

¹³ Law Commission (1998), p. 13.

¹⁴ Law Commission (2001), p. 192.

¹⁵ Law Commission (2001), p. 192.

¹⁶ Limitation Act 1980, s 29(1)-(6).

“We recommend that a written acknowledgment or a part payment, by the defendant (or someone previously liable to the claim), and irrespective of the nature of the claim, should restart the running of time for both the primary and long-stop limitation periods applying to the claim.”¹⁷

Wat ook zij van de al dan niet algemene toepasselijkheid van de regel dat erkenning stuit, het Engelse regime is in haar geheel wat stuitingsmogelijkheden betreft veel beperkter dan het Nederlandse. Wij zien weliswaar een Engelse equivalent van onze regel dat rechtsvervolging stuit, een Engelse equivalent van onze regel dat erkenning stuit en Engelse equivalenten van een aantal van onze verlengingsgronden. Wij zien evenwel geen Engelse equivalent van onze belangrijkste stuitingshandeling, te weten stuiting door aanmaning of mededeling dat de crediteur zijn recht op nakoming voorbehoudt. Dat is een verschil waarvan het belang moeilijk te overschatten is.

Zo blijkt het Engelse stelsel nog verder van het Nederlandse af te staan dan het Duitse. Als in praktische zin zeer betekenisvolle stuitingsgrond kende het Duitse recht naast de rechtsvervolging nog de onderhandelingen; een dergelijke zwaarwichtig alternatief ontbreekt in het Engelse recht.

17.3 Het Nederlandse stuitingsregime

17.3.1 Inleiding; de te bespreken onderwerpen en de ratio van stuiting

17.3.1.1 De te bespreken onderwerpen

Uit de bovenstaande rechtsvergelijking bleek dat zowel in Duitsland als in Engeland een handeling van de crediteur die niet wordt gevolgd door het actieve najagen van de vordering, op de loop van de verjaring geen invloed heeft. Geconstateerd werd dat onze belangrijkste stuitinghandeling, de schriftelijke aanmaning of het voorbehoud van recht, in die rechtsstelsels dus geen stuitende werking zou hebben. Daarmee is de eerste en waarschijnlijk meest fundamentele vraag van dit hoofdstuk gegeven: is ons stuitingsregime te permissief? Zouden wij aan stuiting niet ook de voorwaarde moeten verbinden dat de crediteur zijn recht daadwerkelijk vervolgt?

Ten tweede, enigszins in het verlengde daarvan: in Nederland is de regel dat na stuiting een nieuwe termijn gaat lopen (art. 3:319 BW). Er is daarnaast de verlenging van de verjaring, maar gegeven de beperkte verlengingsgronden (zie art. 3:321 BW) is dat instituut in vergelijking met de stuiting van betrekkelijke betekenis. In Duitsland en Engeland begint als hoofdregel geen nieuwe termijn te lopen, maar staat de klok slechts stil gedurende de actieve rechtsvervolging.¹⁸ Opnieuw lijkt ons stuitingsrecht erg ‘liberaal’, nu evenwel met betrekking tot het gevolg van de stuiting. Moet ook bij ons de verjaring slechts halt houden en niet van voren af aan beginnen?

¹⁷ Law Commission (2001), p. 88.

¹⁸ Er zijn in Duitsland wel het *Neubeginn der Verjährung*, en de *Ablaufhemmung* maar wij zagen dat die figuren een tamelijk beperkt toepassingsgebied hebben.

Ten derde. Het Engelse recht kent aan onderhandelingen geen stuitende werking toe. Het Duitse doet dat wel, door middel van een expliciete bepaling zelfs. In Nederland is de stuitende werking van onderhandelingen op het ogenblik wat duister. De Hoge Raad heeft bepaald dat onderhandelingen op zichzelf niet stuiten,¹⁹ maar omdat gaande de onderhandelingen over het algemeen een mededeling zal zijn gedaan waaruit blijkt dat de crediteur zich zijn recht op nakoming voorbehoudt in de zin van art. 3:317 BW, zullen de facto onderhandelingen over het algemeen tóch stuiten.²⁰ Móet aan onderhandelingen inderdaad stuitende werkingen worden toegekend en zo ja, is het wenselijk dat dan ook met zoveel woorden in de wet vast te leggen?

Ten vierde. Ik citeerde hiervoor de Duitse § 204 om te laten zien hoe gedetailleerd daar is vastgelegd welke handelingen, kort gezegd, als rechtsvervolging met *hemmende* werking worden gekwalificeerd. Ik citeerde ook art. 3:316 BW en constateerde dat dat wat schriel bij zijn Duitse pendant afsteekt. Is inderdaad art. 3:316 BW onvoldoende specifiek?

Ten vijfde een kwestie waarin van de rechtsvergelijking weinig steun valt te verwachten omdat het gaat om de precieze formulering van een bepaling die geen Duitse of Engelse equivalent kent. Ik doel op de woorden “een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt” uit art. 3:317 BW. Die frase behoeft bespreking, omdat de Hoge Raad bij herhaling feitenrechters moet corrigeren die het artikel verkeerd uitleggen. Eén van de mogelijke verklaringen voor die herhaalde dwalingen is de tekst van de wet. Een oplossing zou dus gelegen kunnen zijn in zijn aanpassing.

17.3.1.2 De ratio van de stuiting

Bij beantwoording van bovenstaande vragen zal belangrijke betekenis toekomen aan de ratio van de stuitingshandeling. Wat valt daarover te zeggen?

Als gevolg van tijdsverloop wordt de positie van een debiteur in tweeërlei opzicht aangetast. (i) zijn bewijspositie verzwakt en (ii) zijn vermogenspositie is steeds minder op nakoming ingesteld. Om die reden is er de bevrijdende verjaring: op enig moment prevaleert het belang dat de debiteur erbij heeft dat de vordering tegen hem niet meer in rechte kan worden afgedwongen, boven het belang van de crediteur bij voortdurende afdwingbaarheid van zijn vordering.²¹

Nu biedt de stuiting de mogelijkheid de voltooiing van de verjaring af te wenden. Naar Nederlands recht kan stuiting plaatsvinden door: (i) het instellen van een rechtsvordering, alsmede door iedere daad van rechtsvervolging van de zijde van de gerechtigde (art. 3:316 BW), door (ii) een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt (art. 3:317 BW) of door (iii) erkenning (art. 3:318 BW). Deze gebeurtenissen doen de crediteur weten dat de debiteur nog nakoming verlangt. De gedachte is dat als de debiteur dat weet, hij zijn bewijspositie kan verzekeren en zijn vermogenspositie op

19 HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 195.

20 Zo verdedigde ik althans in Smeehuijzen, *WPNR* 2006.

21 Zie uitgebreid het eerste deel van dit boek.

nakoming kan inrichten. De stuiting stelt hem als het ware in staat de nadelige gevolgen van tijdsverloop af te wenden.

Over het voorgaande lijkt maar nauwelijks verschil van mening te kunnen bestaan. De Hoge Raad overwoog in zijn standaardarrest over stuiting van 14 februari 1997:²²

“[Opmerking verdient] dat die woorden [“een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt”] moeten worden begrepen in het licht van de strekking van een stuitingshandeling van deze aard, welke blijkens Parl. Gesch. Boek 3, Inv. 3, 5 en 6, p. 1408, slot tweede alinea, neerkomt op een – voldoende duidelijke – waarschuwing aan de schuldenaar dat hij er, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkerwijs alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren.”²³

Dit arrest ging in het bijzonder over de vereisten die aan de stuitingshandeling van art. 3:317 BW moeten worden gesteld, maar de gedachte is over de volle breedte van het leerstuk van de stuiting van toepassing.

Wat wel opvalt, is dat uitsluitend wordt gesproken over de functie van het verzekeren van bewijs en niet over de mogelijkheid de vermogenspositie op nakoming in te richten. Ik kan mij echter niet goed voorstellen dat die laatste functie van de stuiting door Hoge Raad en wetgever niet tevens zou worden onderschreven; als men aanvaardt dat de verjaring ertoe dient de schuldenaar te behoeden voor én een afgekalfde bewijspositie én een niet meer op nakoming ingerichte vermogenspositie, dan lijkt mij min of meer te zijn gegeven dat de stuiting ertoe strekt én de schuldenaar in staat te stellen zijn bewijspositie veilig te stellen én zijn vermogenspositie op nakoming in te richten. Het niet noemen van het motief van anticiperend vermogensbeheer lijkt mij dus geen bewuste keuze, maar een onopzettelijke omissie.

Bij beantwoording van de vijf voornoemde vragen, zal steeds de hier verwoorde ratio tot uitgangspunt worden genomen.

17.4 De mogelijkheid van stuiting zonder voortzettingshandeling (art. 3:317 BW)

Moeten wij aan stuiting de voorwaarde verbinden dat de crediteur zijn recht daadwerkelijk vervolgt? Het is als gezegd: in Nederland kan krachtens art. 3:317 BW de debiteur de verjaring voor jaren afwenden met een enkel stuitingsbriefje. Naar Duits en Engels recht is dat onmogelijk; daar moet de debiteur daadwerkelijk gevolg geven aan zijn mededeling dat het hem met de vordering nog ernst is, ofwel door een

²² HR 14 februari 1997, *NJ* 1997, 244, r.o. 3.5.

²³ De Hoge Raad heeft deze lijn bestendigd in o.a. HR 25 januari 2002, *NJ* 2002, 169 en HR 1 december 2000, *NJ* 2001, 46.

procedure te beginnen, ofwel door in onderhandeling te treden (die laatste mogelijkheid bestaat alleen naar Duits recht).

Hoe verhoudt zich ons ‘vrijblijvende’ stuitingsbriefje tot het doel van de stuiting? Stuiting strekt ertoe de nadelen van tijdsverloop voor de debiteur op te heffen door hem in de gelegenheid te stellen zijn bewijs- en vermogenspositie te bewaren. De wetgever lijkt gezien zijn toelichting op art. 3:317 BW van oordeel te zijn dat die functie door de schriftelijke mededeling in ieder geval wordt vervuld voor zover het behoud van bewijs betreft. Hij schrijft zoals wij zagen dat de debiteur er “ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal”, kennelijk veronderstellende dat het inderdaad mogelijk is een bewijspositie te ‘bevriezen’.

Over de juistheid van die veronderstelling kan men meen ik twijfelen. Bewijs wordt in de overgrote meerderheid van de gevallen geleverd door (i) getuigenverklaringen en (ii) schriftelijke stukken. (i) Getuigenverklaringen zijn afhankelijk van herinneringen en herinneringen laten zich niet goed conserveren, nog daargelaten de toenemende kans op onvindbaarheid/overlijden van de getuige. Een soort alomvattende pre-processuele getuigenverklaring teneinde hetgeen zich in het hoofd bevindt veilig te stellen, lijkt mij om meerdere redenen geen optie. (ii) Schriftelijke stukken zijn op zichzelf wel voor bewaring vatbaar, maar toch doet ook hier *the obfuscating power of time* zijn werk. Ten eerste staan schriftelijke stukken zelden alleen; zij moeten bijna steeds worden uitgelegd en toegelicht. Dat impliceert afhankelijkheid van – vergankelijke – herinneringen.²⁴ Ten tweede is het in werkelijkheid niet zo dat de debiteur zodra hij wordt aangesproken naar een kastje loopt, daar de stukken “betreffende de zaak X” uit pakt en ze in een kluis stopt. Vaak wordt pas tijdens een procedure duidelijk wat precies de grondslag van de vordering is, wat de crediteur aanvoert en welke stukken de debiteur moet overleggen om verweer te voeren. Dat beschikking houden over “zijn gegevens en bewijsmateriaal” is, met andere woorden, zo eenvoudig nog niet.

Naast deze bedenking ten aanzien van het bewijs is er het aspect van de planning van de vermogenspositie. De stuiting zou de nadelen van tijdsverloop moeten afwenden. Eén van die nadelen is de rechtsonzekerheid van de debiteur: het is bezwaarlijk om tot in lengte van dagen de vermogenspositie op nakoming te moeten inrichten.²⁵ Dat nadeel nu, wordt door de enkele schriftelijke mededeling zonder daaropvolgende rechtsvervolging in het geheel niet geneutraliseerd. De debiteur moet eenvoudig blijven reserveren zonder uitzicht op beëindiging van zijn onzekerheid. De crediteur kan hem wat prozaïsch gezegd eindeloos aan het lijntje houden (de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid even buiten beschouwing latend). De wetgever betreft dit aspect naar ik meen ten onrechte niet in zijn beschouwingen.

Gegeven het bovenstaande zou ik menen dat het niet juist is stuitende werking toe te kennen aan een schriftelijke mededeling die niet wordt gevolgd door het actieve najagen van zijn recht door de crediteur. Verjaring er is omdat tijdsverloop de bewijs-

24 Zie over de teloorgang van bewijs door tijdsverloop nader § 8.2.1.

25 Zie over de relatie tussen tijdsverloop en rechtszekerheid nader § 8.2.2.

en vermogenspositie van de debiteur ondergraaft. De stuiting wil die ondergraving afwenden. De enkele schriftelijke mededeling slaagt daar wat de bewijspositie betreft maar zeer gedeeltelijk en wat de vermogenspositie betreft helemaal niet in.

Als men overigens aanvaardt dat stuiting slechts wordt teweeggebracht door daadwerkelijke actie – een procedure of onderhandelingen – en niet door het enkele voorbehoud van recht, dan ontstaat in situaties waarin het heel begrijpelijk is dat de schuldeiser geen daadwerkelijk actie neemt en volstaat met het enkele voorbehoud van recht, behoefte aan een substituut. Ik doel met name op driepartijenverhoudingen. Als, bijvoorbeeld, in geval van hoofdelijke aansprakelijkheid de benadeelde zijn schuldenaar A wil aanspreken en om hem moverende redenen vooralsnog niet schuldenaar B, dan bestaat voor hem naar huidig recht de mogelijkheid gedurende de periode waarin hij ageert tegen A, met een kort stuitingsbriefje aan B zijn recht jegens B veilig te stellen. Het voortbestaan van de mogelijkheid de vordering jegens B ‘aan te houden’ lijkt mij van wezenlijk belang; het wegvallen daarvan zou in onaanvaardbare mate afbreuk doen aan het recht van A te kiezen welk van de hoofdelijke schuldenaren hij ‘actief’ aanspreekt.

Een instrument waarvan in dit verband de invoering bij ons overwogen zou kunnen worden, is wat de Duitsers de *Streitverkündung* noemen (§ 204 Abs 1 Nr 6). Over het precieze bereik en doel van de *Streitverkündung* onder het nieuwe Duitse recht wordt nog geredetwist.²⁶ De kern lijkt te zijn dat de schuldeiser aan een (potentiële) schuldenaar ervan mededeling doet dat hij een procedure jegens een derde is begonnen waarvan de uitkomst mede bepalend is voor zijn vordering op die schuldenaar. Het gaat om “die Vermeidung überflüssiger und kostenträchtige Doppelprozesse.”²⁷ De rechtsfiguren waarbij de *Streitverkündung* veelal toepassing vindt zijn regres, alternatieve aansprakelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid.²⁸

17.5 De gevolgen van stuiting: de klok terug of de klok stil?

Zolang in het Nederlandse stuitingsrecht nog een centrale plaats toekomt aan de stuiting door de enkele schriftelijke mededeling (art. 3:317 BW), is er eigenlijk geen alternatief voor de thans geldende regel dat de stuitingshandeling een nieuwe termijn doet aanvangen. Het Duitse en het Engelse systeem – er begint geen nieuwe termijn te lopen, de klok staat slechts stil gedurende het actieve najagen van de vordering – is feitelijk niet toepasbaar, doordat de schriftelijke aanmaning of mededeling niet een zekere tijdsspanne beslaat. Zij vormen slechts een punt in de tijd. Er is dus geen ‘periode’ gedurende welke de tijd kan stilstaan; er moet dus wel een nieuwe termijn beginnen.

26 “Über die eindeutigen Bestimmung von Sinn und Zweck der Streitverkündung herrscht in Rechtsprechung und Literatur, auch innerhalb der einzelnen Gruppen, Uneinigkeit”, Steineker, diss. p. 125.

27 Staudinger-Peters 2004, § 204 Rnr 85.

28 Staudinger-Peters 2004, § 204 Rnr 81.

De vraag is daarom noodzakelijk hypothetisch: als wij het Duitse en Engelse systeem zouden overnemen, en slechts stuitende werking toekennen aan een door de crediteur geïnstigeerd ‘proces’ – in de betekenis van hetzij een juridische procedure hetzij onderhandelingen – zou dan ook de Nederlandse wetgever er voor moeten kiezen de klok niet terug, maar stil te zetten? Ik meen van wel.

Daar, zoals wij hiervoor zagen, het niet mogelijk is de nadelige gevolgen van tijdsverloop voor de crediteur werkelijk af te wenden, zou er een uitgesproken belang van de crediteur moeten bestaan dat de ‘verjaringsrechtelijke nullificatie’ van eerder tijdsverloop vordert. Ik zie dat pregnante belang niet. Zolang hij zijn vordering in of buiten rechte werkelijk najaagt kan hem niets gebeuren. Voorts is de achteruitgang van de tijd ook niet goed verenigbaar met de vooruitgang van het conflict: partijen komen er in onderhandelingen wel of niet uit. Een procedure resulteert in toe- of afwijzing van de vordering. Het is logisch dat naarmate het conflict vordert, ook de verjaringstermijn vordert.

Bijvoorbeeld: twee jaar na aanvang van de vijfjaarstermijn begint de crediteur met de debiteur te onderhandelen. Partijen onderhandelen twee jaar, zonder resultaat. Niet valt in te zin aan het einde van de onderhandeling een ‘verse’ vijfjaarstermijn moet gaan lopen; de crediteur zou mijns inziens slechts drie jaar moeten resten.

17.6 De formulering van art. 3:316 BW

Wij zagen dat het Nederlandse art. 3:316 BW niet meer bepaalt dan dat een rechtsvordering wordt gestuit “door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolging”, terwijl de Duitse bepaling 14 leden lang in detail opsomt aan welke daden van rechtsvervolging stuitende werking toekomt. De Nederlandse wetgever zou zich bij een eventuele herziening van het verjaringsrecht moeten bezinnen op de vraag of de Duitse benadering navolging verdient.

Voor welke benadering men kiest, is in overwegende mate een kwestie van wetgevingsstijl (*rule based/principle based*). Een voorkeur voor de een of de ander laat zich daardoor moeilijk dwingend beredeneren. Dat gezegd hebbende, zouden de volgende twee overwegingen mij, gesteld in de schoenen van de wetgever, doen betwijfelen of inderdaad het Duitse model de voorkeur heeft.

Ten eerste is, voor zover ik heb kunnen nagaan, de vraag welke daden als daad van rechtsvervolging in de zin van art. 3:316 BW moeten worden gekwalificeerd, weinig problematisch gebleken. Er is weinig literatuur en rechtspraak over.²⁹ Rechts-onzekerheid zou de belangrijkste reden zijn om tot een preciezere omschrijving over te gaan, maar die is er dus naar het zich laat aanzien niet in wezenlijke mate.

Ten tweede lijkt mij in termen van stijl de huidige keuze beter binnen het BW te passen dan de Duitse opsomming. In de Parlementaire Geschiedenis bij het huidige 3:316 is ter illustratie overwogen dat tevens stuitende werking toekomt aan de vermeer-

29 Zie nader § 24.2.

dering van eis, de indiening ter verificatie bij het faillissement of aan het conservatoir derdenbeslag door een schuldeiser van de crediteur (welk beslag dus ook in de verhouding tussen crediteur en debiteur stuitende werking heeft).³⁰ Die tactiek van welgekozen voorbeelden in de parlementaire geschiedenis is een hier te lande beproefde manier om een open norm wat te concretiseren.

Mocht op enig moment de wetgever tóch willen voorzien in een opsomming als de Duitse, dan lijkt het mij nodig dat hij duidelijk aangeeft dat het een niet-limitatieve lijst betreft, omdat (i) het voor hem in praktische zin lastig zal zijn *alle* daden van rechtsvervolging met stuitende werking te benoemen³¹ en (ii) in dat geval wijziging van de tekst voor nieuwe stuitingsmogelijkheden, als gevolg van thans nog onvoorziene wetgeving, niet nodig is.³² Overigens bedenke men wel, alle scepsis die juristen ten aanzien van a contrario redeneren is aangeleerd ten spijt, dat waarschijnlijk bij een omvangrijke lijst snel de gedachte postvat dat wat niet in de lijst staat dus wel geen stuitende werking zal hebben, zelfs als de wetgever met zoveel woorden bepaalt dat zijn opsomming niet uitputtend is.

17.7 De formulering van art. 3:317 BW

17.7.1 Inleiding

In feitelijke instanties lijkt art. 3:317 BW opvallend vaak aanleiding tot misverstand te geven. Om die reden rijst de vraag of het herformulering verdient – daargelaten overigens op zichzelf of art. 3:317 BW moet worden gehandhaafd.³³ Art. 3:317 lid 1 BW luidt:

“De verjaring van een rechtsovereenkomst tot nakoming van een verbintenis wordt gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt”.

Wij zagen al dat de Hoge Raad deze bepaling in zijn standaardarrest van 14 februari naar haar ratio interpreteert: onder een schriftelijke uiting in de zin van artikel 3:317 lid 1 BW moet worden verstaan “een – voldoende duidelijke – waarschuwing aan de schuldenaar” dat hij met een aanspraak nog rekening moet houden. In zijn Conclusie voor HR 25 januari 2002³⁴ schreef A-G Bakels nader:

30 Parl. Gesch. Boek 3, p. 934.

31 Niet alle daden van rechtsvervolging zijn even voor de hand liggend. Denk, bijvoorbeeld, aan het opleggen van een aanslag door de Inspecteur (zie HR 3 oktober 2003, *RvdW* 2003, 155) of aan indiening door een advocaat van het verzoek tot begroting respectievelijk vaststelling van zijn declaratie (art. 33 Wet tarieven burgerlijke zaken en art. 38 lid 4 Wet op de rechtsbijstand).

32 Denk aan een geval als de na totstandkoming van het nieuwe BW gecreëerde mogelijkheid voor het slachtoffer zich met een vordering tot schadevergoeding in het strafproces te voegen.

33 **Zie over die kwestie § 18.4.??**

34 *NJ* 2002, 169.

“(…) 2.1 Het gaat erom dat de schuldeiser zijn wederpartij duidelijk maakt dat het hem nog steeds menens is. Daaraan hoeft niet af te doen dat hij tegelijk blijk ervan geeft te beseffen dat men van een kikker geen veren kan plukken, zodat een compromis niet is uitgesloten. In een uitnodiging aan de schuldenaar om in onderhandeling te treden ligt immers in de regel besloten dat de schuldeiser zich het recht op nakoming (vooralsnog) voorbehoudt.

2.2 Tegen deze achtergrond moeten naar inmiddels vaste rechtspraak de van artikel 3:317 lid 1 BW onderdeel uitmakende woorden “een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt”, worden begrepen in het licht van de strekking van de stuitingshandeling. Deze is dat de schuldenaar voldoende duidelijk dient te worden gewaarschuwd dat hij, ook na het verstrijken van de (reguliere) verjaringstermijn, rekening ermee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal opdat hij zich tegen een mogelijkerwijs alsnog door de schuldeiser in te stellen vordering kan verweren.

2.3 De vraag of een schuldeiser in een schriftelijke mededeling zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming heeft voorbehouden, is een kwestie van uitleg. Bij deze uitleg dient de rechter de Haviltex-maatstaf te hanteren. Bij de toepassing daarvan moet de rechter de brief waarin de stuiting zou zijn gedaan, in zijn context lezen. Hij mag daarom niet ermee volstaan te letten op de inhoud daarvan, maar dient tevens de overige omstandigheden van het geval in zijn oordeel te betrekken. Op een onjuiste rechtsopvatting berustend dan wel onvoldoende gemotiveerd was dus het oordeel dat een bepaalde brief, op zichzelf gelezen, geen rechtsgeldige stuitingshandeling inhoudt, zonder dat het hof kenbaar in zijn beoordeling heeft betrokken dat in die brief werd verwezen naar een andere brief waarin met zoveel woorden melding is gemaakt van de wens tot betaling van de openstaande facturen in samenhang met het feit dat die brief afkomstig was van een incassobureau.

2.4 Tegen deze achtergrond zijn de onderdelen 3 en 4 in zoverre gegrond, dat het hof ten onrechte spreekt over “de strikte eisen die de wet aan een stuitingshandeling stelt”. Van “strikte eisen” is mij in dit verband niets bekend.”

In lijn met deze benadering overwoog de Hoge Raad vervolgens in zijn arrest van 24 november 2006³⁵ inderdaad:

“In genoemde brief wordt met zoveel woorden gesteld dat aan de aansprakelijkheid van de bestuurder van de bij Noordhollandsche verzekerde motorfiets niet valt te tornen, dat de klachten van [eiseres] afkomstig zijn van het ongeval en dat Noordhollandsche wordt verzocht het nodige te doen om tot regeling van de schade te kunnen overgaan. In het licht van de eerdere correspondentie laat de brief van 15 december 1997 geen andere uitleg toe dan dat [eiseres] zich ondubbelzinnig haar recht op nakoming heeft voorbehouden als bedoeld in art. 3:317 lid 1 BW.”

De Haviltex-maatstaf wordt niet met zoveel woorden genoemd, maar gegeven de verwijzing van de Hoge Raad naar “eerdere correspondentie” kan er eigenlijk nauwelijks nog twijfel over bestaan dat hij wel geldt. Zo zou ik concluderend menen dat

35 NJ 2006, 642.

de Hoge Raad art. 3:317 BW met oog voor de ratio van de stuitingshandeling op alleszins begrijpelijke wijze uitlegt.

17.7.2 Een aantal ongelukkige uitspraken uit feitelijke instanties

In feitelijke instanties is het met de interpretatie van art. 3:317 BW soms anders gesteld. Met zekere regelmaat verschijnen vonnissen en arresten die met de rechtspraak van de Hoge Raad onverenigbaar zijn, in de zin dat in die uitspraken art. 3:317 BW aanzienlijk enger en formalistischer wordt uitgelegd. Laat ik een aantal voorbeelden geven. Volgens de feitenrechters vormden geen schriftelijke mededeling in de zin van art. 3:317 BW de volgende uitingen:

“Het aansprakelijk houden, het verzoek het standpunt alsnog te willen bezien en het verzoek een standpuntwijziging tot stand te willen brengen (samenvatting van de citaten uit de brieven van de FNV zoals hierboven onder (...) vermeld), wijzen eerder op een onderhandelings situatie dan op een ondubbelzinnig voorbehoud op een recht tot nakoming.”³⁶

“Wellicht is het u bekend, dat mijn man sinds medio 1997 van de één op de andere dag is geconfronteerd met een enorme salaristerugval. Hij ontvangt nu bruto een bedrag wat hij voorheen netto heeft ontvangen. Gezien het feit, dat hij 987,75 uur tegoed heeft, conform bijgaande urenspecificatie, verzoek ik u deze uren x f 38 49 bruto per uur in 1997 nog uit te betalen.”³⁷

“(…) Alhoewel ik op 30 december 1992 al heb geschreven dat cliënt nakoming wenst van de openstaande facturen, doe ik u thans andermaal kopieën van de onderhavige facturen toekomen. V.w.b. de facturen 757 en 763 loopt thans een Kantongerechtsprocedure. Het onderhavige schrijven zal u ook per aangetekende post worden aangeboden.”³⁸

“Onze incassopogingen hebben geen resultaat opgeleverd. (...) Alvorens nu onze advocaat opdracht te geven beslag te leggen op Uw salaris geven wij U nog een keer de gelegenheid om ons schrijven te beantwoorden.”³⁹

“(…) Naar mijn mening valt aan de aansprakelijkheid van de bestuurder van de bij U verzekerde motorfiets niet te tornen en staat ook vast, dat de klachten van mijn cliënte afkomstig zijn van het ongeval. Ik verzoek U vriendelijk thans met enige spoed het nodige te doen om tot regeling van deze schade over te kunnen gaan. U zou bijvoorbeeld een schaderegelaar in kunnen schakelen.
(...)”⁴⁰

36 Rechtbank Amsterdam 19 juli 1995, *NJ* 1996, 543.

37 HR 4 juni 2004, *NJ* 2004, 603.

38 HR 1 december 2000, *NJ* 2001, 46.

39 HR 25 januari 2002, *NJ* 2002, 169.

40 HR 24 november 2006, *NJ* 2006, 642.

Steeds⁴¹ kwam de Hoge Raad, begrijpelijkerwijze, tot het andersluidende oordeel dat wél sprake was van een stuitende mededeling in de zin van art. 3:317 BW.⁴²

17.7.3 Vier mogelijke verklaringen

Wat de oorzaak is van, om het maar gewoon zo te noemen, de verkeerde interpretaties van art. 3:317 BW, is niet met zekerheid te zeggen. Ik kan vier verklaringen bedenken.

Ten eerste. Onder het oude BW (art. 2016) kon slechts een per deurwaarders-exploot uitgebrachte aanmaning de verjaring stuiten. Aan dat voorschrift werd in de rechtspraak streng de hand gehouden.⁴³ Voor in oud-BW geschoolde rechters is derhalve het vervallen van de vereiste van een deurwaardersexploot al een aanzienlijke deformalisering. Dat de mededeling die al niet eens meer door een deurwaarder hoeft te worden uitgebracht, nu zelfs wat haar inhoud betreft niet meer aan ‘strikte vereisten’ behoeft te voldoen, loopt wellicht te zeer uit de pas met het onder oud-BW geïnternaliseerde beeld van ‘de stuitingshandeling’.

Daarbij speelt wellicht een rol de tweede mogelijke verklaring dat de tekst van de wet ook wel oproept tot een strikte benadering. Bakels schrijft in zijn evengeciteerde Conclusie dat hem van “strikte eisen” in art. 3:317 BW niets bekend is. Maar in art. 3:317 BW staat wel dat sprake moet zijn van een “schriftelijke aanmaning” of van een “schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt”. Verdedigbaar is op zichzelf inderdaad wel dat dat geen “strikte eisen” zijn, maar met name de woorden “ondubbelzinnig (...) voorbehoudt” wekken de indruk dat er wel zeer stevige taal gesproken moet worden wil sprake zijn van een mededeling in bedoelde zin. De rechter die zich louter op de tekst van de

41 Met uitzondering van Rechtbank Amsterdam 19 juli 1995, *NJ* 1996, 543; voor zover mij bekend werd daar geen hoger beroep ingesteld.

42 Overigens zijn er natuurlijk ook vele juiste beslissingen. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 30 juli 2002, *NJ* 2003, 546: “Stegers heeft aangevoerd dat de bij repliek overgelegde brieven geen stuitingshandelingen als bedoeld in artikel 3:317 BW behelzen, omdat er sprake is van een verzoek en niet van een aanmaning en voorts omdat de gemeente slechts spreekt van invordering door middel van een dwangbevel en niet van een dagvaarding. Deze stelling wordt verworpen. Uit voormelde brieven vloeit voort dat de gemeente de verbeurde dwangsommen wenst te incasseren. Dat is volstrekt helder. De omstandigheid dat de gemeente rept van het uitvaardigen van een dwangbevel en niet van het uitbrengen van een dagvaarding indien de dwangsommen niet voldaan worden, ontnemt deze brieven niet het karakter van een stuitingshandeling.”
Zie ook Hof Amsterdam 8 januari 2004, *NJF* 2004, 284, waarin werd overwogen: “Waar meergenoemde brief van 9 augustus 1999 door de procureur van Mohamed Ali is geschreven, aan Wennink in persoon is gericht en er blijkens de daarin gebruikte bewoordingen toe strekte het verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht “alvast ter kennisneming” aan hem te doen toekomen en voorts op bladzijde 2, in 2., van dat verzoek met zoveel woorden wordt gesteld dat Mohamed-Ali “overweegt een civielrechtelijke schadevergoedingsvordering in te stellen” tegen Wennink, is deze naar het oordeel van het hof voldoende door Mohamed Ali gewaarschuwd om zijn processuele positie met het oog op een geding als het onderhavige veilig te kunnen stellen. (...) Dit betekent dat Mohamed Ali zich terecht op het standpunt stelt dat de verjaringstermijn met de brief van haar procureur van 9 augustus 1999 en het verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht is gestuit. (...)”

43 Zie Koopmann, diss., p. 72.

wet baseert, en die niet helder de nuancerende overweging van HR 14 februari 1997 voor ogen heeft, oordeelt dus snel te streng.

Ten derde, maar ik begeef mij bij gebreke van bewijsvoering een beetje op glad ijs, ontstaat wel eens de indruk dat feitenrechters in, zoals de Engelsen zeggen, *litigation over stale claims, where the quality of evidence is likely to be poor*, de verjaring graag aanwenden omdat van een fatsoenlijk debat over de vordering weinig meer terecht kan komen. Als de procedure bijvoorbeeld zeven jaar na de onrechtmatige daad aanvangt, zullen veelal de bewijsmiddelen ernstig te lijden hebben gehad, ook als de verjaring na bijvoorbeeld 4,5 jaar werd gestuit. Het is dan wellicht verleidelijk om daar waar dat ook maar enigszins mogelijk lijkt, die stuitingshandeling ‘weg te schrijven’.

Ten vierde is het mogelijk dat rechters als volgt redeneren: onderhandelingen stuiten niet, dus een brief die in het kader van onderhandelingen wordt geschreven stuit ook niet. Die redenering is om twee redenen ongelukkig: (i) de regel dat onderhandelingen niet stuiten verdient tegenspraak – daarover verderop meer⁴⁴ – maar (ii) ook tot uitgangspunt nemend dat onderhandelingen op zichzelf inderdaad niet zouden stuiten, kan men nog niet redeneren dat een brief die onderdeel van de onderhandeling vormt niet tevens zelfstandig zou kunnen stuiten – ook daarover verderop meer. Toch lijkt een dergelijke a contrario-gedachte wel ten grondslag te liggen aan bijvoorbeeld het hiervoor geciteerde vonnis van de Rechtbank Amsterdam.

17.7.4 Oplossing in wijziging van de bewoordingen van art. 3:317 BW

Welk van de hiervoor gegeven verklaringen men ook voor juist houdt, in ieder geval lijkt aannemelijk dat de ruimte voor misinterpretaties afneemt naarmate de tekst van de bepaling beter met haar ratio overeenstemt. Ik noemde als mogelijke oorzaak van misverstand de ‘zware toon’ van art. 3:317 BW (mijn tweede verklaring) en zou dus menen dat wellicht aanpassing op dat vlak tot verbetering leidt. Met name te denken valt aan het schrappen van de term “ondubbelzinnig”. De volgende alternatieve tekst is te overwegen:

“De verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis wordt gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat de schuldeiser zich zijn recht op nakoming voorbehoudt”.

Strikt genomen zou uit deze bepaling de “schriftelijke aanmaning” ook nog wel weg kunnen, omdat een “schriftelijke aanmaning” toch ook altijd wel zal zijn een “schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat schuldeiser zich zijn recht op nakoming voorbehoudt”; het tweede criterium bergt met andere woorden het eerste in zich.

44 Zie § 18.8.

17.8 Moet aan onderhandelingen expliciet stuitende werking worden toegekend?

17.8.1 Inleiding; HR 1 februari 2002

Wij zagen dat het Duitse recht een bepaling bevat die aan onderhandelingen *hemmende* werking toekent: § 203 BGB. Hij luidt – ik noemde hem al, maar citeerde nog niet:

“Schweben zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, so ist die Verjährung gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Die Verjährung tritt frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein.”

Het Nederlandse stuitingsrecht kent een dergelijke bepaling niet. Sterker, de Hoge Raad heeft bepaald dat onderhandelingen op zichzelf de verjaring niet stuiten. In het bewuste arrest van 1 februari 2002 speelde het volgende.

Een patiënt is op 21 september 1981 aan zijn rug geopereerd. De patiënt meent dat de opererend arts een kunstfout heeft gemaakt en stelt hem bij brief van 26 augustus 1988 aansprakelijk. In de jaren na 26 augustus 1988 vindt over de vordering discussie plaats tussen de (advocaat van) de patiënt en de verzekeraar van de arts, zulks onder meer op basis van deskundigenrapportages. Onder andere is er een verslag van een onderzoek door een arbeidsdeskundige van 24 april 1992 (zijnde minder dan vijf jaar na 26 augustus 1988). De patiënt dagvaardt de arts bij exploit van 21 december 1994 (zijnde meer dan vijf jaar na 26 augustus 1988).

De arts stelt zich op het standpunt dat de vordering is verjaard, omdat de patiënt niet binnen vijf jaar na de aansprakelijkstelling van 26 augustus 1988 een stuitingshandeling heeft verricht. De patiënt wil daartegenover de gedachte ingang doen vinden dat de “onderhandelingen” tussen hem en de arts stuitende werking hebben gehad. Te dien aanzien overweegt de Hoge Raad:⁴⁵

“Ingevolge artikel 3:317 lid 1 BW wordt de verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Naar blijkt uit de in de Conclusie van de Advocaat-Generaal onder 13 aangehaalde wets-geschiedenis is het de bedoeling van de wetgever geweest dat ook ingeval partijen in onderhandeling zijn, nog steeds geldt dat voor stuiting van de verjaring een schriftelijke aanmaning of een schriftelijke verklaring als bedoeld in artikel 3:317 lid 1 is vereist. Dit geldt ook ingeval, zoals hier, aan de onderhandelingen een aansprakelijkstelling is voorafgegaan, die op zichzelf genomen de verjaring heeft gestuit, zodat vervolgens een nieuwe verjaringstermijn is aangevangen. De opvatting van [het] onderdeel (...) dat (na een voorafgaande aansprakelijkstelling) onderhandelingen op zichzelf de verjaring kunnen stuiten, kan derhalve niet als juist worden aanvaard.”⁴⁶

⁴⁵ NJ 2002, 195. Zie in beschrijvende zin over het arrest Van Mierlo, AA 2002, p. 900.

⁴⁶ R.o. 3.5.

Wij zien dat de Hoge Raad zijn oordeel dat onderhandelingen op zichzelf niet stuiten motiveert, eigenlijk uitsluitend door verwijzing naar de parlementaire geschiedenis. De A-G had de Hoge Raad met de volgende passage op dat spoor gezet:

“In aansluiting op het oude recht was (...) in een eerdere versie van art. 3:317 bepaald dat de verjaring slechts kan worden gestuit door een schriftelijke aanmaning. Pas bij de Invoeeringswet werd bepaald dat de verjaring ook kan worden gestuit door “een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig het recht op nakoming voorbehoudt”. In de MvT Inv. (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5, en 6), p. 1418) is deze wijziging als volgt toegelicht:

“Het oorspronkelijke lid 1 kende slechts stuiting door een schriftelijke aanmaning. In een situatie waarin partijen met elkander in onderhandeling zijn of anderszins de verhouding tussen hen wellicht noopt tot terughoudendheid met het eisen van nakoming op korte termijn van een vordering die vooralsnog betwist wordt, kan echter een aanmaning een voor de schuldeiser minder passend middel zijn om zijn rechten veilig te stellen. Toegevoegd is daarom de mogelijkheid om de verjaring te stuiten door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt.”

Uit deze passage blijkt dat ook ingeval partijen in onderhandeling zijn getreden nog steeds geldt dat voor stuiting van de verjaring een schriftelijke mededeling van de schuldeiser is vereist waaruit ondubbelzinnig blijkt dat deze zich zijn recht op nakoming voorbehoudt.”

Inderdaad lijkt de wetgever onderhandelingen op zichzelf onvoldoende te hebben gevonden om de verjaring te stuiten. Dat volgt uit de aangehaalde passage uit de Memorie van Toelichting: als onderhandelingen volgens de wetgever hadden gestuit, zou hij “In een situatie waarin partijen met elkander in onderhandeling zijn” iedere nadere stuitingsmogelijkheid overbodig vinden, terwijl hij integendeel de onderhandelingsituatie noemt als reden om er aan de bestaande nog een toe te voegen. Zo is dus wel navoelbaar dat de A-G de Hoge Raad adviseert aan onderhandelingen geen stuitende werking toe te kennen, en dat de Hoge Raad dienovereenkomstig beslist.

17.8.2 Aan onderhandelingen moet wél stuitende werking toekomen

Met de constatering dat de Hoge Raad een in het licht van de parlementaire geschiedenis begrijpelijke beslissing heeft genomen, is natuurlijk nog niet gezegd dat de regel dat onderhandelingen op zichzelf geen stuitende werking hebben, instemming verdient. Mijns inziens is dat ook niet zo. Ik vind de regel dat onderhandelingen op zichzelf de verjaring niet stuiten niet goed te rechtvaardigen.

Bij het voeren van onderhandelingen kan immers de veronderstelling van de aangesproken partij welhaast geen andere zijn dan dat de benadeelde zich zijn recht op nakoming voorbehoudt – waarom zou de benadeelde anders onderhandelen? Meer dan dat besef van vasthoudendheid van de benadeelde beoogt de stuiting niet te bewerkstelligen, en dat is precies wat ook onderhandelingen doen; het zal de debiteur uit hoofde van de onderhandelingen zonder meer duidelijk zijn dat hij (i) zijn bewijspositie moet verzekeren en (ii) hij met de voortdurende aanspraak van de benadeelde bij de inrichting van zijn vermogenspositie rekening moet houden.

Zie bijvoorbeeld de casus van het evenbesproken arrest. Een patiënt meent dat de opererend arts een kunstfout heeft gemaakt en stelt hem bij brief van 26 augustus 1988 aansprakelijk. In de jaren na 26 augustus 1988 vindt over de vordering discussie plaats tussen de (advocaat van) de patiënt en de verzekeraar van de arts, zulks onder meer op basis van deskundigenrapportages. Onder andere is er een verslag van een onderzoek door een arbeidsdeskundige van 24 april 1992 (zijnde minder dan vijf jaar na 26 augustus 1988). De patiënt dagvaardt de arts bij exploit van 21 december 1994 (zijnde meer dan vijf jaar na 26 augustus 1988). De arts stelt zich op het standpunt dat de vordering is verjaard, omdat de patiënt niet binnen vijf jaar na de aansprakelijkstelling van 26 augustus 1988 een stuitingshandeling heeft verricht. Kan die arts nu in ernst staande houden dat het hem niet duidelijk was dat de patiënt zijn vordering doorzet? Het lijkt mij toch niet.

De regel dat onderhandelingen niet stuiten leidt dan ook tot contra-intuïtieve resultaten. Als de benadeelde onderhandelt, zal hij met recht aannemen dat zijn wederpartij zich ervan bewust is dat het hem met de vordering onverkort ernst is. Met die gerechtvaardigde verwachting is onverenigbaar dat die wederpartij, midden in het gesprek, als een *deus ex machina* de verjaring ten tonele voert.

Het is in het Nederlandse recht ook niet ongekend aan onderhandelingen wél stuitende werking toe te kennen. Art. 10 lid 5 WAM bepaalt:

“De verjaring wordt ten opzichte van een verzekeraar gestuit door iedere onderhandeling tussen de verzekeraar en de benadeelde. Een nieuwe termijn van drie jaar begint te lopen te rekenen van het ogenblik waarop een van de partijen bij deurwaardersexploit of aangetekende brief aan de andere partij heeft kennisgegeven dat zij de onderhandelingen afbreekt.”

Ook in de literatuur lijkt de heersende opvatting te zijn dat onderhandelingen zouden moeten stuiten: de onderhavige is (ten minste) de vijfde publicatie waarin de stuitende werking van onderhandelingen wordt bepleit.⁴⁷

Een tegenstem is er van Koopmann. Zij acht het overbodig “onderhandelen” als algemene stuitingsgrond in de wet op te nemen, vanwege “de mogelijkheid een schriftelijk voorbehoud in de zin van art. 3:317, lid 1, BW te maken.”⁴⁸ Op zichzelf ben ik met Koopmann eens dat art. 3:317 BW voldoende mogelijkheden biedt om een bepaling dat onderhandelingen stuiten overbodig te maken – zie hierna – maar mijn motivering is een andere. Koopmann vindt een dergelijk bepaling overbodig omdat de crediteur toch tijdens de onderhandelingen bewust een mededeling in de zin van art. 3:317 BW kan doen. Dat vind ik geen goede reden. Het punt is nu juist dat hij daar, in de problematische casusposities althans, in het kader van de onderhandelingen niet aan gedacht heeft; hij zal immers hebben verondersteld dat het zijn wederpartij duidelijk is dat het hem met de vordering nog ernst is. De overbodigheid van een aparte bepaling is er wat mij betreft in gelegen dat over het algemeen schrifte-

47 De andere vier zijn: (i) Breedveld-de Voogd, Stolker *WPNR* 1993, p. 203; Van Dijk, *TvP* 1998, p. 53 e.v.; (iii) Linssen, Van Schaick (1993), p. 94 en Schoordijk (1991), p. 22 e.v.

48 Koopmann, diss., p. 75.

lijke mededelingen gedaan in het kader van de onderhandelingen aangemerkt moeten worden als mededeling in de zin van art. 3:317 BW, zodat over het algemeen dat artikel de verjaring al stuit. Ik ga onder andere op dit punt nader in in de volgende paragraaf.

Concluderend: de Hoge Raad heeft geoordeeld dat onderhandelingen op zichzelf niet stuiten, mijns inziens zouden wij overeenkomstig Duits recht, de WAM en de heersende stem in de doctrine aan onderhandelingen wél stuitende werking moeten toekennen.⁴⁹ Wat mij betreft moet dus het positieve recht op dit punt worden herzien. Dat kan zowel de Hoge Raad als de wetgever doen. Over die kwestie het volgende

17.8.3 Herformulering van het recht ten aanzien van de stuitende werking van onderhandelingen; ‘omgaan’ van de Hoge Raad of wijziging van de wet

17.8.3.1 ‘Omgaan’ van de Hoge Raad

Dat onderhandelingen op zichzelf niet stuiten, is door de Hoge Raad bepaald. Het staat niet in de wet. De wet dwingt niet tot – wat ik beschouw als – de verkeerde oplossing. Een mogelijkheid tot verbetering van het recht op dit punt is dus het ‘omgaan’ van de Hoge Raad. De vraag is of de Hoge Raad een koerswijziging bevredigend kan motiveren. Ik schreef eerder dat het oordeel dat onderhandelingen niet stuiten min of meer voortvloeit uit de parlementaire geschiedenis. Hoe valt dan het tegendeel te beargumenteren?

Aan het gezag van de parlementaire geschiedenis doet af dat zij innerlijk tegenstrijdig is. Het hiervoor gegeven citaat impliceert dat onderhandelingen niet zouden stuiten, maar elders in de parlementaire geschiedenis staat, zoals wij al zagen, dat het bij de schriftelijke mededeling gaat om “een – voldoende duidelijke – waarschuwing aan de schuldenaar dat hij er, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkterwijs alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren”.⁵⁰ Als dát volgens de wetgever is wat stuiting beoogt, en dát wordt door onderhandelingen bewerkstelligd, waarom vindt de wetgever dan dat onderhandelingen niet stuiten? Mij lijkt die inconsistentie een gedegen argument om de parlementaire geschiedenis niet prohibitief te achten voor het aannemen van die stuitende werking, nog daargelaten overigens dat in het algemeen de parlementaire Geschiedenis weliswaar van wezenlijk, maar niet per se van doorslaggevend belang is.

Aldus redenerend lijkt mij vervolgens de weg vrij voor aanvaarding van de regel dat onderhandelingen wél stuiten. Tegen omarming door de Hoge Raad bestaan eigenlijk maar twee bezwaren: ten eerste is de opsomming van stuitingswijzen in de wet limitatief bedoeld. Zomaar buiten die opsomming aan “onderhandelingen” stuitende werking toekennen, is daarom erg moeilijk verdedigbaar. Ten tweede worden “onderhandelingen” veelal grotendeels mondeling gevoerd. De vraag naar de stuitende

⁴⁹ Zie voor een nadere analyse van 1 februari 2002, *NJ* 2002, 195: Smeehuijzen, *WPNR* 2006.

⁵⁰ HR 14 februari 1997, *NJ* 1997, 244, r.o. 3.5.

werking van een handeling rijst na ommekomst van de verondersteld nieuw aangevangen verjaringstermijn, dus over het algemeen na vijf jaar (zie art. 3:319 lid 2 BW). Rechtsgevolg toekennen aan een mondelinge mededeling van meer dan vijf jaar geleden is uit een oogpunt van waarheidsvinding onaantrekkelijk.

Voor beide problemen is evenwel een oplossing te vinden. De Hoge Raad kan namelijk bepalen dat een schriftelijke mededeling, gedaan in het kader van onderhandelingen, de verjaring stuit. Die mededeling moet dan beschouwd worden als mededeling in de zin van art. 3:317 BW, zodat zowel aan (i) de noodzaak om aan te sluiten bij de in de wet geregelde stuitingswijzen, als aan (ii) de wenselijkheid slechts schriftelijke handelingen stuitende werking toe te kennen, tegemoet wordt gekomen. De gemiddelde onderhandeling is vergeven van dat soort mededelingen, zodat materieel die nuancering weinig afdoet aan de regel dat onderhandelingen stuitende werking hebben.

Want nog wat nader over die schriftelijke mededeling: in lijn met het voorgaande hebben ook Stolker en Breedveld-de Voogd al ruim voor het onderhavige arrest van 1 februari 2002 betoogd dat elke schriftelijke stap gedurende onderhandelingen steeds zal moeten gelden als een mededeling in de zin van art. 3:317 lid 1 BW.⁵¹ Bakels schrijft in zijn eerder genoemde conclusie⁵² dat die stelling wat hem betreft “te ver gaat”. Misschien gaat hun standpunt te ver in het categorische *elke* schriftelijke stap, maar de meeste schriftelijke stappen in een onderhandeling zullen de schuldenaar inderdaad wel doen weten dat de schuldeiser zijn vordering onverkort najaagt. Zo lijkt mij bijvoorbeeld, met de Haviltex-maatstaf voor ogen, een schriftelijke mededeling in de zin van art. 3:317 lid 1 BW: “Uw suggestie de zaak af te doen door voldoening van € 500 000 is voor mijn cliënt onaanvaardbaar. Ik bel u binnenkort op om nader over uw voorstel te spreken.”

Een mooi voorbeeld van deze lijn van denken biedt het volgende eigenwijze vonnis van de Rechtbank Maastricht:⁵³

“Zoals eiseres terecht stelt kunnen echter ook overleg cq onderhandelingen onder omstandigheden de verjaring stuiten. In dit verband ligt het voor de hand om onder “overleg” en “onderhandelen” te verstaan dat partijen schriftelijke mededelingen uitwisselen die het oogmerk hebben of kunnen hebben om tot een regeling of overeenkomst te komen. Bij het uitwisselen van schriftelijke mededelingen duwt iedere brief de verjaringstermijn weer een stukje vooruit. Uit de eigen stellingen van gedaagde blijkt nu dat eiseres middels haar raadvrouw bij brief van 1 december 1997 aan de aansprakelijkheidsverzekeraar van gedaagde om een onderzoek door een neuroloog en een oogarts heeft verzocht, hetgeen in onderling overleg heeft geleid tot de rapportage van na te noemen dr. Mourits. Door dit “overleg” is de verjaring gestuit nu gedaagde daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs de betekenis had moeten toekennen van een mededeling in de zin van artikel 3:317. De schriftelijke sommatie van 12 juli 2002 was derhalve niet na het verstrijken van de verjaringstermijn, maar een nieuwe stuitingshandeling.”

51 Breedveld-de Voogd, Stolker, *WPNR* 1993, p. 203.

52 Voor HR 25 januari 2002, *NJ* 2002, 169, in noot 4; een deel van de Conclusie werd hiervoor (§ 18.7.1) geciteerd.

53 28 januari 2004, *NJF* 2004, 269.

Wat mij betreft neemt de Hoge Raad aan dit vonnis een voorbeeld wanneer hij opnieuw met de vraag naar stuitende werking van onderhandelingen wordt geconfronteerd.

17.8.3.2 *Wijziging van de wet*

In de vorige paragraaf stelde ik, om het wat zwaar te zeggen, dat de schade die het stuitingsrecht door HR 1 februari 2002 heeft opgelopen, door het om gaan van de Hoge Raad kan worden hersteld. De vraag in dit hoofdstuk is echter niet welke koers de Hoge Raad zou moeten varen, maar of de tekst van de wet wijziging behoeft. Als de wettelijke regeling het toestaat dat aan onderhandelingen stuitende werking wordt toegekend – ik heb net uiteengezet dat dat naar mijn mening zo is – dan zal wijziging van de wet dus wel niet nodig zijn. Inderdaad zou wat mij betreft met de ‘herroeping’ van HR 1 februari 2002 het grootste deel van het probleem zijn opgelost. Wel verdient dan het volgende aspect nog aandacht van de wetgever.

De Hoge Raad zou binnen het huidige wettelijk kader niet meer kunnen doen – in redelijkheid althans, de Hoge Raad *kán* natuurlijk alles – dan, de facto, bepalen dat iedere schriftelijke uiting in de zin van art. 3:317 lid 1 BW de verjaringstermijn opnieuw doet aanvangen. Dat zou erop neerkomen dat de crediteur na het einde van de onderhandelingen steeds nog de volle verjaringstermijn de tijd heeft om tot nadere actie te komen. Ik zette uiteen die oplossing niet erg gelukkig te vinden; wat mij betreft zouden onderhandelingen slechts moeten bewerkstelligen wat de Duitsers *Hemmung* noemen: de klok staat stil, maar wordt niet teruggezet. Wat mij betreft zou er een bepaling moeten komen die in dat gevolg voorziet. Dat zou kunnen zijn ófwel een op de onderhandelingen toegespitste bepaling, ófwel een algemene bepaling over de gevolgen van ‘stuiting’ (als eerder gezegd: stuiting zou dan wellicht het woord niet meer zijn, eerder wellicht ‘schorsing’).

17.9 Conclusie

Hartkamp schrijft:

“De wetgever heeft (...) de stuiting aanzienlijk vereenvoudigd vergeleken met het oude recht. In de praktijk zal hierdoor het voor de schuldenaar in de korte verjaringstermijnen van de art. 3:307 e.v. gelegen voordeel mijns inziens weer grotendeels verloren gaan.”⁵⁴

De strekking van dit hoofdstuk is met die opvatting vergelijkbaar. Het enkele voorbehoud van recht (art. 3:317 BW) is een al te gratuite handeling om stuitende werking aan toe te kennen. Het belang van de debiteur vordert dat de crediteur zijn recht binnen de verjaringstermijn ook werkelijk najaagt, ófwel door te onderhandelen, ófwel door een procedure te beginnen. In het verlengde hiervan ligt mijn opvatting dat het gevolg van stuiting niet moet zijn dat een nieuwe termijn begint te lopen, maar dat de klok

54 Asser/Hartkamp 4-I, nr. 680.

slechts wordt stilgezet gedurende de periode waarin de crediteur actief bezig is zijn vordering te innen.

In dit hoofdstuk werd verder op wat meer praktisch niveau geconcludeerd dat (i) de bewoordingen van art. 3:317 BW aanpassing behoeven, dat (ii) het geen aanbeveling lijkt te verdienen ons kernachtige criterium “iedere andere daad van rechtsvervolging” uit art. 3:316 BW naar Duits voorbeeld te verruilen voor een lange opsomming van stuitende daden van rechtsvervolging en dat (iii) de huidige stuitingsregeling voldoende mogelijkheden biedt om aan onderhandelingen stuitende werking toe te kennen.

18.1 Inleiding; instemming met de fundamenteën, bedenkingen bij onderdelen van uitwerking

In de inleiding schreef ik dat de introductie van een subjectieve vijfjaarstermijn de belangrijkste wijziging ten opzichte van het oude recht is, en in hoofdstuk één schreef ik de subjectieve vijfjaarstermijn een aanwinst voor ons verjaringsrecht te vinden. Het oordeel over ons nieuwe verjaringsrecht moet dus wel overwegend positief zijn. Wat betreft de fundamenteën van het nieuwe recht is dat inderdaad waar. Niet alleen de subjectieve termijn, maar ook de andere pijler van het nieuwe verjaringsrecht, de objectieve twintigjaarstermijn, verdient instemming.

De subjectieve vijfjaarstermijn, die men als een gestandaardiseerde vorm van rechtsverwerking kan beschouwen, leidt ertoe dat de ten detrimente van de debiteur dralende crediteur zijn recht verliest, en de objectieve twintigjaarstermijn leidt ertoe dat vorderingen die niet meer actueel zijn of waarover *the obfuscating power of time* de discussie onmogelijk heeft gemaakt, zonder nader debat worden afgewezen. Dat is precies wat men van een verjaringsregel mag verwachten.

Deze inhoudelijke overwegingen worden gesteund door de rechtsvergelijking: het huidige stelsel komt op hoofdlijnen overeen met bestaande of voorgenomen verjaringsregels in de landen om ons heen. Men kan lang twisten over de waarde van een dergelijke constatering, maar dat de waarde nul zou zijn, zullen weinigen bepleiten. Denk aan voordelen van harmonisatie, maar ook aan de aannemelijkheid dat recent ampel beraad in Duitsland en Engeland ten minste aanvaardbaar en misschien zelfs wel *The best Law* heeft opgeleverd.

Op de uitwerking van ons verjaringsregime lijkt wel kritiek mogelijk: de objectieve termijn zou anders vormgegeven moeten worden (hoofdstuk 2), de personenschade is ten onrechte aan de objectieve termijn onttrokken (hoofdstuk 2), het is ongelukkig dat de formele hoofdregel niet de materiële hoofdregel is (hoofdstuk 3), het verjaringsrecht is verbrokken (hoofdstuk 4), de vijfjaarstermijn zou een driejaarstermijn moeten zijn (hoofdstuk 5), het artikel over de verjaring van schadevergoedingsvorderingen – art. 3:310 BW – is niet goed geformuleerd (hoofdstuk 6), de stuitingsregeling dwingt de crediteur ten onrechte tot niet meer dan het sturen van een tweeregelig briefje (hoofdstuk 7) en het artikel over de stuitende werking van de schriftelijke mededeling – art. 3:317 BW – is niet goed geformuleerd (hoofdstuk 7).

Na kritiek op de huidige regeling is aan de orde of, en zo ja hoe, die regeling dan gewijzigd zou moeten worden. In dat kader merk ik het volgende op.

18.2 Overwegingen betreffende wetswijziging

18.2.1 Inleiding

Het lijkt nuttig bij het denken over mogelijke aanpassingen van de wettelijke regeling onderscheid te maken tussen enerzijds wijzigingen die geen wezenlijke verandering in het geldend recht brengen, maar die beogen de kenbaarheid van het recht te vergroten, en anderzijds wijzigingen die het materiële recht wel veranderen.

18.2.2 Voorstellen tot wijzigingen die het verjaringsrecht inhoudelijk niet veranderen

Mijns inziens zouden (i) de herformulering van art. 3:310 BW, (ii) de herformulering van art. 3:317 BW en (iii) het verruilen van een formele voor een materiële hoofdregel ons verjaringsrecht niet, of in elk geval niet ingrijpend wijzigen. Herformulering van 3:310 geeft geen verandering omdat het artikel nu ook al zo moet worden uitgelegd als de geherformuleerde versie zou bepalen. Hetzelfde geldt voor art. 3:317 BW. Het verruilen van de formele hoofdregel voor een materiële hoofdregel geeft nauwelijks verandering omdat, eenvoudig, de beoogde wettelijke hoofdregel nu ook al de materiële hoofdregel is. Waar het om te doen is, is om het geldend recht duidelijker uit de wettelijk regeling te doen blijken.

Om dat te bereiken moet wat betreft art. 3:310 BW het kennisvereiste centraal blijven staan, maar moet adequater worden aangegeven welke kennis vereist is. Wat betreft de herformulering van 3:317 geldt dat duidelijker dan thans het geval is tot uiting moet komen dat niet méér vereist is dan een schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat het de crediteur met zijn vordering nog menens is.

Wat uitgebreider over het derde punt, het verheffen van de formele hoofdregel tot materiële hoofdregel: een regime, zoals dat ook geldt in Duitsland en Engeland, waar een korte subjectieve termijn de hoofdregel is, heeft de voorkeur omdat (i) een korte subjectieve termijn als wettelijke vertaling van de rechtsverwerkingsgedachte een zeer breed geldende inhoudelijke rechtvaardiging heeft en, belangrijker nog uit praktisch oogpunt, omdat (ii) met de introductie van een hoofdregel die ook materieel de hoofdregel is, de verwachting gerechtvaardigd is dat het belang van kwalificatievragen af- en daarmee de rechtszekerheid toeneemt.

De wetgever zou bij het formuleren van de nieuwe hoofdregel het volgende tot uitgangspunt moeten nemen. De hoofdregel is een korte subjectieve verjaringstermijn. Die moet aanvangen op het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht kan worden dat hij tot juridische actie komt. Die nog erg open norm moet, om een voldoende rechtszeker houvast te bieden, nader worden geconcretiseerd. Waarschijnlijk is het onontkoombaar dat de wetgever voor een aantal verschillende soorten vorderingen verschillende aanvangsmomenten definieert. Zo moet bij schadevergoedingsvorderingen de kennis van de benadeelde de kern van het criterium vormen, en bij vorderingen tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst het moment van opeisbaarheid.

Belangrijk is dat de verschillende aanvangsmomenten loten zijn aan dezelfde normatieve stam. Naarmate de wetgever bij de formulering van de aanvangsmomenten

van de subjectieve termijn het ‘moment waarop van de crediteur redelijkerwijze juridische actie verlangd mag worden’ preciezer vertaalt, worden kwalificatieproblemen en consistenties binnen het verjaringsrecht geringer.

Buiten het toepassingsgebied van de korte subjectieve termijn moet de wetgever slechts die vorderingen brengen waar de ‘rechtsverwerkingsgedachte’ niet geldt, dus waar wij van de crediteur niet verlangen dat hij tot juridische actie komt zodra hij hiertoe in staat is. Te denken is in dit verband bijvoorbeeld aan familieverhoudingen. Tot zover over de beoogde veranderingen.

Concluderend: als men met mij wil aannemen dat aanpassing van de art. 3:310 en 3:317 BW en het verruilen van een formele hoofdregel voor een materiële hoofdregel inderdaad de kenbaarheid van het recht vergroten en materieel geen wezenlijke veranderingen teweeg brengen, lijkt te zijn gegeven dat de wetgever er verstandig aan doet de verjaringsregeling op deze punten inderdaad te wijzigen.

18.2.3 Voorstellen tot inhoudelijke wijziging van het verjaringsrecht

In de inleiding tot dit hoofdstuk noemde ik een aantal punten waarop ik het verjaringsregime minder gelukkig vind. Naar mijn mening zou de verjaringsregeling verbeteren als de wetgever het volgende verandert:

- i) De subjectieve termijn bedraagt geen vijf, maar drie jaar.¹
- ii) Een vordering verjaart krachtens de objectieve termijn niet “in ieder geval” na twintig jaar. De objectieve termijn blijft buiten toepassing als de teloorgang van het bewijs de discussie niet onmogelijk heeft gemaakt en de vordering nog actueel is.
- iii) Voor personenschade geldt geen bijzonder regime.
- iv) Voor het stuiten van de verjaring volstaat een enkel stuitingsbriefje niet. De verjaring wordt slechts gestuit zolang de crediteur zijn vordering actief najaagt, ofwel door te onderhandelen, ofwel door te procederen.
- v) Onderhandelen of procederen heeft niet tot gevolg dat een nieuwe termijn gaat lopen. Zij hebben slechts tot gevolg dat de klok stil wordt gezet.

Ik hoop de argumenten voor deze opvatting in de voorgaande hoofdstukken te hebben genoemd.

Óf overigens de wetgever de regeling op de voornoemde punten moet aanpassen, is een andere kwestie. W.Snijders wijst als het om wetswijzigingen gaat op een fenomeen dat *path dependance* genoemd.² Wij typen nog op een QWERTY-toetsenbord hoewel al decennia vaststaat dat die letterordering voor het invoeren van tekst niet optimaal is. Maar doordat het QWERTY-toetsenbord zo breed geïntegreerd is,

1 In het betreffende hoofdstuk suggereerde ik nader empirisch onderzoek te doen naar de vraag of inderdaad, zoals ik veronderstelde, in de periode tussen drie en vijf jaar de bewijs- en rechtszekerheidspositie van de crediteur over het algemeen nog verslechtert, en de crediteur er geen serieus te nemen belang bij heeft langer dan drie jaar te kunnen vorderen. Bij gebreke van dergelijke gegevens is deze stelling in sterkere mate hypothetisch dan de andere vier.

2 Dat hoorde ik hem bijvoorbeeld doen tijdens een lezing in het voorjaar van 2004.

wegen de voordelen van verandering niet op tegen de nadelen. Iets vergelijkbaars doet zich bij wetgeving voor en dus ook bij de verjaringsregeling. De wetgever kan niet kosteloos, in financiële en bredere zin, een regeling wijzigen die in de praktijk is ingesleten. Praktijkjuristen zijn bekend geraakt met het geldend recht en hebben hun praktijk erop ingericht; er moet overgangsrecht worden geformuleerd met alle rechtsonzekerheid van dien; de wetgever wekt de indruk een zwabberkoers te varen door een substantieel deel van het nieuwe BW binnen korte tijd alweer te wijzigen, enzovoorts.

Natuurlijk is die *path dependance* niet eindeloos prohibitief. Maar hij maakt wel duidelijk dat onvolkomenheden in de wettelijke regeling een bepaald gewicht moeten hebben om wetswijziging te rechtvaardigen. Dat gewicht is voor mij erg lastig te bepalen.

Het sterkste voorbeeld biedt wellicht de bijzondere regeling voor de verjaring van personenschade. De wetgever heeft aan art. 3:310 BW een vijfde lid toegevoegd dat personenschade van de werking van de objectieve termijn uitzondert. Ik ben op die bijzondere bepaling tegen. Toch zou ik op dit moment, om de voornoemde redenen, betwijfelen of haar afschaffing verstandig is. Wellicht minder uitgesproken, maar toch vergelijkbare bedenkingen zou de wetgever ten aanzien van mijn andere wijzigingssuggesties kunnen hebben.

18.3 Veranderingsgezinde doctrine

18.3.1 Inleiding

Door de voorgaande aandacht voor wat er valt aan te merken en te verbeteren, raakt wellicht op de achtergrond dat wat mij betreft onze verjaringsregeling op hoofdlijnen instemming verdient; ik vatte de argumenten in de eerste alinea's van dit hoofdstuk samen. Maar als gezegd, de doctrine is over het verjaringsrecht erg kritisch. In de voorgaande hoofdstukken zijn onderdelen van kritische literatuur al aan de orde geweest, maar pleidooien voor integrale verwerping van het nieuwe recht bleven vanwege het toegespitste karakter van de verschillende hoofdstukken nog buiten beschouwing. Ik bespreek daarom thans nog twee afwijzende publicaties, te weten die van Van Dijk en van Brunner.³

18.3.2 Van Dijk, NJB 2007

Van Dijk baseert zijn oordeel dat de verjaringsregeling mislukt is op het grote aantal vragen dat art. 3:310 BW heeft opgeworpen. Hij noemt in zijn artikel vier vragen over het aanvangsmoment van de subjectieve termijn en twee over de objectieve termijn. Van die vragen ondervindt de praktijk hinder. Van Dijk schrijft dat de ondui-

3 Voor zover hun opvattingen niet al eerder aan de orde zijn geweest.

delijkheid “zeker niet alleen voor dit artikel [3:310 BW – JLS] maar voor meer delen van de verjaringsregeling van het BW geldt”. Die laatste stelling adstrueert hij met verwijzing naar één probleem, dat overigens uiteindelijk ook wat hemzelf betreft opnieuw met name een probleem van het aanvangsmoment van de subjectieve termijn van art. 3:310 BW is.⁴ Van Dijk meent dat in ieder geval het regime “moet worden vereenvoudigd en dat wij af moeten van de dubbele naast elkaar lopende termijnen”. Hij suggereert dat gedacht kan worden aan “één wat langere verjaringstermijn van bijvoorbeeld twintig jaren die gaat lopen na opeisbaarheid van de vordering”. Maar ook denkbaar is “één korte enkelvoudige verjaringstermijn die eerst begint te lopen wanneer de rechthebbende daadwerkelijk in staat is zijn vordering geldend te maken”.

Ten eerste valt op dat Van Dijk inhoudelijk uitsluitend over art. 3:310 BW schrijft, maar zijn veroordeling zich op deze enkele grond over het gehele verjaringsregime uitstrekt. Het tekortschieten van de verjaringsregeling buiten 3:310 BW blijft ongemotiveerd.

Voorts is het zo dat de wijziging die Van Dijk in ieder geval nodig acht met de problemen die hij signaleert geen verband houdt. Van Dijk wil af van de dubbele naast elkaar lopende systemen. Ik ken niet één uitspraak – Van Dijk noemt ook geen voorbeeld – waarin die dubbele naast elkaar lopende termijnen voor verwarring hebben gezorgd.

In het kader van de beoogde verandering zou, zo meent Van Dijk, gedacht kunnen worden “aan één wat langere verjaringstermijn van bijvoorbeeld twintig jaren die gaat lopen na opeisbaarheid van de vordering.” Dat is precies de verjaringsregel van het oude BW, behalve dat de termijn toen dertig jaar was. Nog daargelaten dat terugkeer naar één lange objectieve termijn nogal een Nederlandse *Alleingang* zou betekenen, vergt natuurlijk de herinvoering van een relatief kort geleden met kracht van argumenten verworpen regime bepaaldelijk motivering. Die motivering ontbreekt en valt naar ik zou menen ook niet te bedenken.

Een alternatief is volgens Van Dijk “één korte enkelvoudige verjaringstermijn die eerst begint te lopen wanneer de rechthebbende daadwerkelijk in staat is zijn vordering geldend te maken”. Dat is nu precies hoe de relatieve termijn volgens de Hoge Raad moet worden begrepen. Wat, dat zo zijnde, van de gedachte verandering rest, is dat er geen objectieve termijn meer is. Van Dijk motiveert de onwenselijkheid van een objectieve termijn niet.

Overigens moet gezegd worden dat Van Dijk zijn ideeën voorzichtig presenteert en spreekt van “oplossingsrichtingen”; hij houdt het voor mogelijk dat uit nader onderzoek blijkt dat het huidige regime moet worden gehandhaafd. In dat geval “moet op zijn minst de stroom van jurisprudentie worden gecodificeerd. Nu staat vaak niet in de wet wat de regeling voor eisen stelt en dat is in ieder geval niet wenselijk.”. Op dit punt ben ik het met hem eens.

4 “Ik wijs bijvoorbeeld op de niet uitgekristalliseerde vraag welke verjaringstermijn toepasselijk is bij onderling regres tussen hoofdelijke schuldenaren – naar mijn mening is art. 3:310 BW hierop vermoedelijk toepasselijk – en vooral op de onduidelijkheid over het aanvangstijdstip van de verjaring dat bij dit onderling regres moet worden genomen”, Van Dijk *NJB* 2007, p. 1050.

18.3.3 Brunner, Themis 2001

Men zou kunnen zeggen dat het artikel van Brunner uit 2001 de basis heeft gelegd voor het ‘moderne verjaringsdenken’, in die zin dat Brunner overtuigend motiveert dat het bij bevrijdende verjaring gaat om de individuele rechtsverhouding en niet om het algemeen belang. Brunners betoog dat het nieuwe verjaringsrecht veel slechter is dan het oude en ingrijpend moet worden herzien, overtuigt mij echter niet.

Brunner opent: “Het verjaringsrecht in civiele zaken is in 1992 bij de invoering van het nieuwe BW geheel vernieuwd. Er is echter iets grondig mis met dat nieuwe verjaringsrecht.” Hij schrijft voorts:

“Het nieuwe verjaringsrecht berust op het uitgangspunt dat verjaring van rechtsvorderingen een onmisbare en positieve bijdrage levert aan ons recht. Om uit de knoop te geraken, waarin het nu is beland, moet naar mijn mening het nieuwe verjaringsrecht door de wetgever worden herzien. Daarbij zou leidraad moeten zijn, dat verjaring niet een absolute waarde in zichzelf heeft, maar veeleer dat zij moet zijn de gerechtvaardigde ontneming van de rechtsvordering aan wie zich gedurende lange tijd onvoldoende heeft ingespannen om zijn recht te bewaren en geldend te maken.”

Mijn bezwaar tegen Brunners betoog is dat hij het nieuwe recht een achteruitgang noemt, terwijl het gebrek dat hem daartoe aanleiding geeft ook al aan het oude recht kleefde. Hij schrijft: “Het in 1992 ingevoerde stelsel is door Hartkamp principieel verworpen, voor zover dat er van uitgaat dat een vordering tot schadevergoeding kan verjaren voordat zij kon worden ingesteld. Ik ben dat met hem eens.”

Inderdaad kan het met de objectieve termijn van het nieuwe recht gebeuren dat een vordering verjaart nog voordat de crediteur haar kon instellen: de vordering verjaart immers “in ieder geval” na twintig jaar. Het punt is evenwel dat dit onder het oude recht net zozeer kon gebeuren. Daar was het aanvangsmoment de opeisbaarheid van de vordering, en dat moment is ook onafhankelijk van het vermogen van de crediteur te vorderen. Brunner citeert zelf het onder het oude recht gewezen HR 3 november 1995.⁵ Daar werd de schadevergoedingsvordering van een vrouw verjaard geoordeeld, terwijl de fout meer dan dertig jaar door het ziekenhuis verborgen werd gehouden. Zij kon haar vordering dus niet eerder instellen. Brunner in zijn commentaar: “De ontneming door het recht van een vorderingsrecht dat de schuldeiser niet heeft geldend kunnen maken, is zozeer in strijd met elementaire eisen van rechtvaardigheid, dat zij naar mijn mening onaanvaardbaar is.” Hier spreekt Brunner over het oude recht. Waarom is er dan “iets grondig mis met dat *nieuwe* verjaringsrecht [curs. toegevoegd – JLS]”?

Ook de pijn op het nieuwe verjaringsrecht in de openingszin van het citaat verbaast. “Het nieuwe verjaringsrecht berust op het uitgangspunt dat verjaring van rechtsvorderingen een onmisbare en positieve bijdrage levert aan ons recht.” Het nieuwe ver-

5 NJ 1998, 380 (Bloedtransfusie).

jaringsrecht doet dat inderdaad, maar het oude recht deed dat evenzeer, net als nage-noeg alle andere rechtsstelsels.

Brunner vervolgt: “Daarbij [bij herziening van het nieuwe verjaringsrecht – JLS] zou leidraad moeten zijn, dat verjaring (...) moet zijn de gerechtvaardigde ontneming van rechtsvorderingen aan wie zich gedurende lange tijd onvoldoende heeft ingespannen om zijn recht te bewaren en geldend te maken.” Dat lijkt mij juist, maar een argument tegen het nieuwe verjaringsrecht is het opnieuw niet. Integendeel, in het nieuwe recht is met de subjectieve termijn precies die mogelijkheid geïntroduceerd. Zij ontbrak onder het oude recht met zijn blinde dertigjaarstermijn. De subjectieve termijn is in praktisch opzicht veruit het belangrijkste onderdeel van het nieuwe verjaringsrecht. Zo beschouwd is in de benadering van Brunner het nieuwe recht juist een vooruitgang.

Wat rest, is kritiek op de lange objectieve termijn (een termijn die dus, als gezegd, niet hardvochtiger is dan de oude dertigjaarstermijn). Ik ben het op zichzelf met Brunner eens dat de objectieve termijn niet “in ieder geval” zou moeten gelden. Maar daarmee is de diskwalificatie van een objectieve termijn als zodanig nog niet gegeven. Ik kan mij voorstellen dat een zorgvuldig door de Hoge Raad geformuleerde *escape* via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid tot bevredigende resultaten voert.⁶ Overigens moet men dan wel aannemen, zoals de Hoge Raad inmiddels al deed, dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid op die termijn van toepassing is.

18.4 Conclusie

Mijn oordeel over de verjaringsregeling van het nieuwe BW is in overwegende mate positief. Het stelsel van een korte subjectieve termijn in combinatie met een lange objectieve termijn verdient instemming.

De verjaringsregeling is misschien niet in alle opzichten gelukkig uitgewerkt. In de eerste plaats is soms het geldend recht onvoldoende kenbaar uit de tekst van de wet. Ik stelde in dit verband voor de art. 3:310 (verjaring van de schadevergoedingsvordering) en 3:317 (stuiting door een schriftelijke mededeling) te wijzigen, en de formele hoofdregel voor een materiële te verruilen.

In de tweede plaats zijn er onderdelen waarop de regeling inhoudelijk voor verbetering vatbaar lijkt. Ik suggereerde in dat verband (i) de subjectieve termijn tot drie jaar te verkorten, (ii) een wettelijke *escape* uit de objectieve termijn te creëren, (iii) het bijzondere personenschaderegime af te schaffen (iv) de mogelijkheid te schrappen met een enkel stuitingsbriefje te stuiten en (v) bij stuiting geen nieuwe termijn te laten aanvangen, maar de oude te hervatten.

6 Zie nader over hoe die formulering dan zou moeten zijn § 22.3.3.

DEEL 3

De interpretatie van het verjaringsrecht

Het doel van dit derde deel is tweeledig. In de eerste plaats beoogt het ten behoeve van de praktijk een aantal specifieke verjaringsvragen te beantwoorden. Ten tweede is het te beschouwen als een ‘stijloefening’, in die zin dat het laat zien hoe men, redenerend vanuit het doel en de rechtvaardiging van verjaring, verjaringsproblemen kan oplossen; de hoop is dat de hier gedemonstreerde denkwijze ook buiten de besproken kwesties vruchten kan afwerpen.¹

Ik behandel met name art. 3:310 BW, het stuitingsrecht en het verjaringsregime van de WAM. Deze keuze is ingegeven doordat op die gebieden in de praktijk tot dusverre de meeste vragen leven. Naar enkele andere aspecten zal ook aandacht uitgaan: de art. 3:306, 3:307, 3:311 BW, verjaring in geval van productenaansprakelijkheid en de verjaring van de directe actie in het verzekeringsrecht. De behandeling is daar minder uitvoerig, eenvoudig omdat de problemen minder talrijk zijn.

Verjaringsbepalingen waarover ik meende niet ‘verdiepend’ te kunnen schrijven, heb ik buiten beschouwing gelaten. In veel gevallen zijn de tekst van de wet, de parlementaire geschiedenis en het commentaar in de handboeken voldoende duidelijk. Intussen is het uiteraard niet zo dat ik pretendeer alle praktische verjaringsproblemen waarover nadere gedachtevorming mogelijk of wenselijk is te hebben besproken; ik meende daar in het kader van een enkel deel van dit proefschrift ook niet naar te hoeven streven.

¹ Ik heb die opzet in de inleiding uitgewerkt aan de hand van het voorbeeld van de stuitende werking van de aanvankelijke eis ten behoeve van het later bij vermeerdere van eis nader gevorderde. Zie § 3.1.

Art. 307 lid 1 BW bepaalt – kort gezegd – dat een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of een doen verjaart door verloop van vijf jaren na opeisbaarheid. Art. 307 lid 2 BW bepaalt – kort gezegd – in het bijzonder ten aanzien van verbintenissen tot nakoming na onbepaalde tijd dat de in lid 1 bedoelde termijn pas loopt vanaf het moment waarop de schuldeiser heeft medegedeeld tot opeising over te gaan. Lid 2 bepaalt nader dat de rechtsvordering in elk geval verjaart twintig jaar nadat opeising op zijn vroegst mogelijk was.

Gegeven het feit dat de termijn aanvangt bij de opeisbaarheid van de vordering, zal over het algemeen een debat over art. 3:307 lid 1 BW zich toespitsen op de vraag wanneer de vordering opeisbaar is geworden.

Die kwestie van het moment van opeisbaarheid is een leerstuk op zichzelf, waarover ik in dit boek niet meer dan de hoofdregel vermeld: partijen kunnen het moment van opeisbaarheid overeenkomen. “Indien geen tijd voor de nakoming is bepaald”, is, krachtens art. 6:38 BW, de vordering direct opeisbaar. Het woord “bepaald” uit art. 6:38 BW moet niet aldus worden begrepen dat een nadrukkelijk beding nodig is; aanvullende bronnen voor de vaststelling van de inhoud van een overeenkomst – denk aan art. 6:248 lid 1 BW – kunnen de conclusie rechtvaardigen dat ook bij gebreke van een nadrukkelijk beding sprake is van een “bepaald” moment.¹²

Voor aanvang van de vijfjaarstermijn is niet vereist dat de crediteur bekend is met het ontstaan van de vordering of de persoon van de debiteur; het is mogelijk dat de vordering opeisbaar wordt en dus de vijfjaarstermijn aanvangt zonder dat de crediteur die voor

1 Dat spreekt voor zich – waarom zou hier art. 6:248 lid 1 BW hier geen aanvullende werking hebben? – maar is ook nadrukkelijk overwogen in de parlementaire geschiedenis (Parl. Gesch. Boek 3, p. 171) en in navolging daarvan door de Hoge Raad in zijn arrest van 12 november 1999, *NJ* 2000, 67, r.o. 3.4.2.

2 Een voorbeeld van een debat over het moment van opeisbaarheid in het kader van art. 3:307 BW biedt HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 81. X heeft in september 1990 aan een commanditaire vennootschap geld geleend. In 1992 is de vennootschap door faillissement ontbonden. In 2001 heeft X terugbetaling van de lening geëist. De vraag is of de vijfjaarstermijn is gaan lopen op het moment van faillissement. Het hof oordeelde dat de lening uit haar “aard slechts voor de levensduur van [de vennootschap] – en in die zin voor bepaalde tijd – is verstrekt. De Hoge Raad oordeelt daarentegen in r.o. 3.6 van zijn arrest: “De termijn van verjaring van de vordering tot terugbetaling van een aan een commanditaire vennootschap voor onbepaalde tijd ter leen gegeven geldsom vangt (...) niet zonder meer aan op de dag volgende op die waarop die vennootschap wordt ontbonden.” Zo beslist de discussie over het moment van opeisbaarheid het verjaringsdebat.

Zie ook Rechtbank Den Haag 14 november 2001, *NJ* 2002, 377, waar het ging om het moment van opeisbaarheid van een pensioenverplichting.

het geldend maken van zijn vordering wezenlijke informatie heeft. Eerder in dit boek heb ik verdedigd dat deze implicatie niet strijdig is met de aan de vijfjaarstermijn ten grondslag liggende rechtsverwerkingsgedachte, omdat van de crediteur, gegeven het feit dat hij weet dat hij tot enige debiteur in een juridische verhouding staat, verwacht mag worden dat hij zich inspent om de vereiste kennis te verwerven.³ Zou het de crediteur evenwel werkelijk onmogelijk zijn om, bijvoorbeeld, het moment van opeisbaarheid te kennen, dan valt niet uit te sluiten dat een beroep van de debiteur op de vijfjaarstermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid is.

Anders dan bijvoorbeeld art. 3:310 BW en de stuitingsregeling, is art. 3:307 BW tot dusverre tamelijk onproblematisch gebleken. Ik volsta daarom in dit boek met de onderstaande opmerkingen over lid 2 en verwijs voor het overige naar, met name, de instructieve parlementaire geschiedenis,⁴ naar de bestaande literatuur⁵ en naar de (weinig) rechtspraak.⁶

Het tweede lid van art. 3:307 BW is slechts bedoeld voor die gevallen waarin in de overeenkomst zelf al ligt opgesloten dat opeising niet binnen afzienbare tijd zal plaatsvinden. Of het inderdaad zo is dat in de overeenkomst besloten ligt dat opeising niet direct zal plaatsvinden – en dus sprake is van onbepaalde tijd in de zin van art. 3:307 lid 2 BW – is een kwestie van uitleg van de overeenkomst. Dat partijen geen termijn zijn overeengekomen, rechtvaardigt op zichzelf niet de conclusie dat sprake is van een onbepaalde termijn in de zin van art. 3:307 lid 2 BW; het kan bij gebreke van een partijafpraak heel goed zo zijn dat de verbintenis krachtens 6:38 BW direct opeisbaar is. In dat geval is het eerste lid van art. 3:307 BW van toepassing.

Bijzondere aandacht verdient de vraag wanneer een vordering valt onder het bereik van het eerste en wanneer onder het bereik van het tweede lid van art. 3:307 BW. Die kwestie is van wezenlijk belang: krachtens het eerste lid begint de termijn te lopen op het moment waarop de vordering opeisbaar wordt, krachtens het tweede lid begint de termijn te lopen op het moment waarop de crediteur daadwerkelijk opeist. In het eerste geval ligt de aanvang van de termijn buiten de invloed van de crediteur, in het tweede geval bepaalt zijn eigen handelen het aanvangsmoment. Bovendien kent het tweede lid nog een termijn van twintig jaar te rekenen vanaf het moment dat de crediteur had kunnen opeisen.

De onderlinge verhouding van de leden een en twee valt gemakkelijker uit de parlementaire geschiedenis te kennen dan uit de tekst van de wet zelf. De wetgever overweegt, ik

3 § 17.3.3.2.

4 In het bijzonder Parl. Gesch. Inv. p. 1410-1412 en p. 1414 over art. 3:11.11.

5 Zie o.a. Asser/Hartkamp 4-I, nr. 668 met nadere verwijzingen.

6 Wat betreft het toepassingsbereik van art. 3:307 BW valt te wijzen op HR 17 oktober 2003, *NJ* 2004, 282. Daar werd geoordeeld dat de rechtsovereenkomst tot volstorting van aandelen onder art. 3:307 lid 1 BW valt.

Een voorbeeld van toepassing van de twintigjaarstermijn uit het tweede lid biedt het – op zichzelf niet baanbrekende – HR 12 november 1999, *NJ* 2000, 67. Aan de orde was het aanvangsmoment in geval van een overeenkomst van geldleen. De Hoge Raad oordeelt: “Het hof heeft eraan voorbijgezien dat voor de aanvang van die verjaringstermijn niet beslissend is op welk tijdstip de crediteur de geldlening door opzegging had beëindigd, maar tegen welk tijdstip hij de lening had kunnen opzeggen.”

parafraseer, dat de opeisbaarheid niet in alle gevallen het redelijke aanvangstijdstip is, omdat er gevallen zijn waarin in de overeenkomst zelf opgesloten ligt dat de opeising niet binnen afzienbare termijn zal plaatsvinden. Te denken is aan bewaargeving en bruikleen. Veelal wordt verjaring in dergelijke gevallen voorkomen doordat een periodieke verplichting tot betaling van bijvoorbeeld rente of bewaarloon bestaat, waarin steeds een erkenning gelegen is die krachtens 3:318 BW stuitende werking heeft. Een dergelijke stuiting is echter niet steeds aan de orde. Denk aan inbewaargeving om niet of aan renteloze leningen in familie- of concernverband. Het is redelijk dat in dergelijke gevallen de vijfjaarstermijn pas aanvangt bij opeising door de crediteur.⁷

Deze benadering wordt gesteund door de hiervoor gepropageerde gedachte dat verjaring krachtens de vijfjaarstermijn pas aan de orde behoort te zijn als van de crediteur redelijkerwijze verwacht mocht worden dat hij zijn vordering instelde. Waar dat van de crediteur, gegeven het karakter van de overeenkomst, niet verwacht mocht worden, behoort de vijfjaarstermijn niet te gaan lopen. Ook de twintigjaarstermijn is goed te rechtvaardigen, nu van de crediteur wel verwacht mag worden dat hij, nadat hij hiertoe het vermogen heeft gekregen, óóit tot actie komt.

Dat het tweede lid slechts ziet op “gevallen waarin in de overeenkomst zelf al opgesloten ligt dat de opeising niet binnen afzienbare tijd zal plaatsvinden”, is wellicht niet iedereen aanstonds duidelijk uit de tekst van dat artikel. Volgens die tekst is “In geval van een verbintenis tot nakoming na onbepaalde tijd” lid twee van toepassing. Verwarring met art. 6:38 BW dreigt; daar is bepaald dat waar geen termijn is bepaald, terstond nakoming kan worden gevorderd.

Zonodig kan het volgende verduidelijken: met “nakoming na onbepaalde tijd” in de zin van art. 3:307 lid 2 BW is bedoeld op de situatie waarin de overeenkomst aldus moet worden opgevat dat partijen beoogden de vordering op een onbepaald moment in de toekomst, in elk geval niet direct, opeisbaar te doen zijn; met “indien geen tijd voor de nakoming is bepaald” in art. 6:38 BW is bedoeld op de situatie waarin de overeenkomst over het moment van nakoming, ook na aanwending van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, werkelijk zwijgt en waar de wetgever in die leemte voorziet door directe opeisbaarheid te bepalen. In het eerste geval hebben partijen al dan niet expliciet onbepaalde tijd beoogd, in het tweede geval niet. Aldus betreft het hier in belangrijke mate een kwestie van uitleg.

In HR 21 juni 1996⁸ was de vraag naar toepasselijkheid van art. 3:307 lid 2 BW aan de orde. Het ging daar om de verbintenis tot afgifte van zogenaamde ‘broncodes’ welke noodzakelijk zijn voor onderhoud aan computerprogrammatuur. De Hoge Raad verwerpt terecht de klacht tegen het hofoordeel dat lid 2 van toepassing is met de volgende overweging: “Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het Hof geoordeeld dat nakoming van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenis de broncodes af te geven, pas aan de orde zou komen wanneer [de crediteur – JLS] daaraan in verband met de veroudering van de programmatuur behoefte zou hebben. Tot een nadere motivering van dit voor de hand liggende oordeel was het Hof niet gehouden.”

7 Ik heb in deze alinea getracht drie lange alinea’s parlementaire geschiedenis (Parl. Gesch. Boek 3, p. 1410-1411) samen te vatten; voor letterlijke beschouwing van de overwegingen van de wetgever is deze weergave dus niet geschikt.

8 NJ 1996, 327.

Minder juist lijkt de volgende overweging in het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 10 december 2003:⁹ “Uit deze gang van zaken moet worden afgeleid dat de partijen met betrekking tot de door de Gemeente in de jaren '70 aangegane verplichting om aan Floor industriegrond te leveren, nooit een concrete termijn hebben verbonden. In dit geval gelden dan ook de verjaringstermijnen van artikel 3:307 lid 2 BW”

Ik meen hier het misverstand te zien waartoe de tekst van art. 3:307 lid 2 BW misschien ook wel enigszins aanleiding geeft. Het enkele feit dat partijen geen termijn zijn overeengekomen, is voor toepasselijkheid van art. 3:307 lid 2 BW onvoldoende. Art. 6:38 BW bepaalt immers dat wanneer geen termijn is overeengekomen, de vordering direct opeisbaar is. Die regel lijkt in het algemeen ten aanzien van de leveringsverplichting uit hoofde van een koopovereenkomst ook zeer voor de hand te liggen. Als art. 6:38 BW inderdaad van toepassing is, wordt de rechtsvordering verjaringsrechtelijk door art. 3:307 lid 1 BW beheerst.

Voor toepasselijkheid van lid 2 is van belang of het partijen, al dan niet met zoveel woorden, voor ogen heeft gestaan de vordering niet direct opeisbaar te doen zijn. Dat is iets heel anders. Of daarvan in de onderhavige casus sprake was is een kwestie van uitleg van de betreffende koopovereenkomst. Hoe die uitleg moet luiden is louter op basis van de tekst van het vonnis niet te zeggen. Denkbaar is op zichzelf dat de overeenkomst inderdaad aldus moet worden uitgelegd dat, in de woorden van de wetgever, “opeising niet binnen afzienbare tijd zal plaatsvinden”. In dat geval is slechts de geciteerde overweging onjuist en niet de uiteindelijke beslissing; lid 2 is dan, zoals de Rechtbank ook besliste, van toepassing.

Tot slot een zaak over het soort vordering waarvoor lid 2 bij uitstek geschreven is. In Rechtbank Rotterdam 23 mei 2007¹⁰ vorderde een schoonvader 27 jaren na dato van zijn inmiddels voormalig schoondochter de helft van een bedrag terug dat hij had geleend aan haar en zijn zoon ten behoeve van de aanschaf van de echtelijke woning. De Rechtbank achtte de vordering niet verjaard. Haar overweging luidt: “Naar het oordeel van de rechtbank zal juist bij overeenkomsten in familieverband, zoals de onderhavige, waarbij voor onbepaalde tijd geld ter leen wordt verstrekt, gezien de aard van de overeenkomst en de eisen van redelijkheid en billijkheid, veelal niet terstond nakoming (terugbetaling) kunnen worden gevorderd, althans zal daarvan niet zonder meer kunnen worden uitgegaan. De geldsom is indertijd door eiser – zo stelt gedaagde zelf – verstrekt als bijdrage in de aankoop van de echtelijke woning. Mede gelet hierop moet naar het oordeel van de rechtbank er van worden uitgegaan dat de onderhavige lening niet onmiddellijk na verstrekking daarvan opeisbaar was.”

Deze overweging is wel begrijpelijk als reactie op de stelling van de debiteur dat de vordering direct opeisbaar was. De rechtbank legt de overeenkomst anders dan de debiteur aldus uit dat geen sprake was van directe opeisbaarheid. Wat echter onbesproken blijft is vanaf welk moment de vordering dan wél opeisbaar was. Het is heel goed mogelijk dat dat na bijvoorbeeld zes jaar het geval was. Dan zou de vordering wél verjaard zijn geweest (mogelijke stuitingshandelingen buiten beschouwing gelaten), omdat de twintigjaarstermijn aanvangt op het moment van opeisbaarheid (zodanig na opzegging van de geldleenovereenkomst). Óf de vordering meer dan twintig jaar voor het moment van terugvordering opeisbaar was, is opnieuw een vraag van uitleg – geen eenvoudige overigens.

⁹ NJF 2004, 246.

¹⁰ NJF 2007, 357.

Zie voor toepassing van het tweede lid van art. 3:307 BW op een banktegoed Rechtbank Arnhem 15 januari 2003;¹¹ de vordering wordt niet verjaard geacht, omdat de termijn van twintig jaar na opeisbaarheid nog niet was verstreken.

¹¹ *NJkort* 2003, 29.

21 | Art. 3:310 BW; de verjaring van de vordering tot schadevergoeding

21.1 Inleiding

De verjaring van rechtsvorderingen tot schadevergoeding is geregeld in art. 3:310 BW.¹ De hoofdregel staat in lid 1. Dat luidt voor zover hier van belang:² “Een rechtsvordering tot vergoeding van schade (...) verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade (...) als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (...)”. De vijfjaarstermijn wordt over het algemeen met “relatieve” of “subjectieve” termijn aangeduid en de twintigjaarstermijn met “objectieve” of “absolute” termijn.

De vijfjaarstermijn vangt aan op het moment van bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon. Omdat zijn aanvangsmoment afhangt van de wetenschap van de benadeelde, wordt hij ook wel de subjectieve verjaringstermijn genoemd. Dat hij ook wel met relatieve termijn wordt aangeduid is welbeschouwd niet helemaal zuiver, omdat hij, als hij eenmaal is aangevangen, onverbiddelijk na vijf jaar de bijl doet vallen. Daar echter ook de term relatieve termijn wijdverbreid is en bovendien geen aanleiding geeft tot misverstanden, zal hij ook in dit boek worden gebezigd.

Nu is het mogelijk dat de benadeelde nooit, of pas na onafzienbare tijd de voor aanvang van de vijfjaarstermijn vereiste wetenschap krijgt. Als de vijfjaarstermijn de enige verjaringsstermijn zou zijn, zou dat in die gevallen betekenen dat de verjaring nooit of pas na onafzienbare termijn aanvangt. De wetgever heeft dat niet gewild (met overigens als belangrijke uitzondering de vordering tot vergoeding van personenschade; dat type vordering kan wel eeuwig blijven bestaan),³ en heeft daarom voorzien in een tweede termijn, de twintigjaarstermijn. De twintigjaarstermijn vangt aan op het moment waarop de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, plaatsvindt. Zijn aanvangsmoment is dus niet afhankelijk van de schuldeiser betreffende omstandigheden, en wordt daarom ook wel de objectieve verjaringstermijn genoemd. Dat hij tevens met absolute termijn wordt aangeduid is strikt genomen niet meer helemaal juist, omdat de Hoge Raad in Van Hese/De Schelde⁴ heeft bepaald dat hij onder bepaalde omstandigheden buiten toepassing moet blijven; absoluut is hij dus niet meer.

1 Art. 6:191 BW geeft evenwel een bijzondere regel voor productenaansprakelijkheid. Zie over dit art. nader hoofdstuk 25.

2 Verwijzingen naar de verjaring van een bedongen boete zijn weggelaten.

3 **Zie hierna § 22.3.2.??**

4 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 m.nt. ARB; **zie nader § 22.3.3.**

De conceptuele pijlers van art. 3:310 BW, te weten de subjectieve en de objectieve termijn, hebben vrij veel onduidelijkheid gegeven. Over het aanvangsmoment van de subjectieve termijn is in aanzienlijke mate rechtspraak en juridisch debat ontstaan, en de door de wetgever als onverbidde absolute termijn is door de Hoge Raad wezenlijk verzacht.

De aandacht voor de relatieve termijn is te verklaren doordat het in kwantitatieve zin de belangrijkste verjaringsvraag is, en uit het feit dat de tekst van de wet een groot aantal vragen onbeantwoord laat. Die vragen hebben alle het aanvangsmoment tot onderwerp.⁵ Als het aanvangsmoment van de vijfjaarstermijn eenmaal is vastgesteld, is daarmee in beginsel de discussie beslecht: doordat het aanvangsmoment subjectief wordt vastgesteld, ligt het geenszins voor de hand na ommekomst van die termijn alsnog te bezien of hij, gelet op de positie van de benadeelde, buiten toepassing zou moeten blijven; die positie was immers al in ogenschouw genomen.⁶

Dat is anders bij de objectieve termijn. Het aanvangsmoment van de objectieve termijn wordt bepaald zonder acht te slaan op de benadeelde betreffende omstandigheden. Het is zelfs zo, dat bij verjaring krachtens de objectieve termijn (bijna) per definitie de benadeelde niet in de gelegenheid is geweest zijn recht uit te oefenen.⁷ Die hardvochtigheid trad nadrukkelijk aan de dag in de asbestzaken, waar zich bij werknemers als gevolg van asbestblootstelling een ongeneeslijke kanker ontwikkelde, meer dan dertig jaar na de laatste asbestblootstelling. Onverkorte toepassing van de absolute verjaringstermijn zou betekenen dat hun vordering verjaard zou zijn, nog voordat zij ziek werden. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat onder die omstandigheden de objectieve termijn op grond van art. 6:2 lid BW 2 buiten toepassing moet blijven. Die uitzondering geeft aanleiding tot nadere beschouwing. Ook heersen met betrekking tot het aanvangsmoment de nodige vragen, met name betreffende de betekenis van de woorden “de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt”.

21.2 De vijfjaarstermijn

21.2.1 De ratio van de vijfjaarstermijn

Volgens art. 3:310 lid 1 BW verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. In het voor de relatieve termijn zeer belangrijke Saelman-arrest⁸ is aanvaard dat de ratio van die regel niet alleen in de rechtszekerheid moet worden gezocht, maar tevens in “de billijkheid”.

⁵ Zie § 22.2.2.

⁶ Uitgesloten is toepassing van de beprekende werking van de redelijkheid en billijkheid niet; zie hierover § 22.2.3.

⁷ Zie § 22.3.1.

⁸ HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112.; zie voor een beschrijving van de casus § 22.2.3.

De Hoge Raad overweegt:⁹ “Artikel 3:310 lid 1 BW bevat twee verjaringstermijnen: een korte van vijf jaren die begint te lopen op de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en een lange van twintig jaren, die begint te lopen op de dag na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Aan deze lange termijn ligt blijkens de wetsgeschiedenis en de daarmee strokende, vaste rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15.801, *NJ* 1998, 380) de rechtszekerheid ten grondslag. Deze termijn begint te lopen door het intreden van de schadeveroorzakende gebeurtenis, zelfs als de benadeelde met het bestaan van zijn vordering niet op de hoogte is (met dien verstande dat een grond voor verlenging van de verjaring bestaat in het geval van artikel 321 lid 1, aanhef en onder f, BW). De korte verjaringstermijn daarentegen, waarom het in dit geding gaat, staat niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid.”

De billijkheid kan in het kader van de relatieve termijn als volgt worden geconcretiseerd. Tijdsverloop verzwakt de positie van de debiteur in tweeërlei opzicht: zijn bewijspositie wordt ondergraven en zijn rechtszekerheid wordt aangetast. Het belang van de debiteur vergt daarom dat de benadeelde zijn vordering instelt zodra dat redelijkerwijze van hem verwacht kan worden. Als de benadeelde dat nalaat heeft hij het verlies van zijn recht aan zijn eigen stilzitten te danken. In die zin behelst de relatieve verjaringstermijn in conceptuele zin een vorm van rechtsverwerking.

Over de ratio is het volgende nader te zeggen. Een debiteur heeft er belang bij dat een vordering tegen hem binnen bekwame tijd geldend wordt gemaakt, omdat tijdsverloop zijn positie in tweeërlei opzicht aantast. In de eerste plaats raakt zijn bewijspositie verzwakt doordat bewijs teloor gaat (denk aan vervagende herinneringen van getuigen en zoekraken of tenietgaan van bewijsstukken) en in de tweede plaats wordt zijn individuele rechtszekerheid aangetast; het is economisch en psychologisch bezwaarlijk tot in lengte van dagen een vordering boven het hoofd te hebben hangen. Het is rechtvaardig die benadeling tegen te gaan door de benadeelde zijn recht te ontnemen, *als* de benadeelde verweten kan worden dat hij zonder gegronde reden met het geldend maken van zijn vordering heeft gedraald. De belangenafweging is dan niet moeilijk: enerzijds is er het wezenlijke belang van de debiteur bij het tijdig instellen van de vordering en anderzijds is er het nauwelijks serieus te nemen belang van de benadeelde bij een immer voortdurende bevoegdheid tot verwezenlijking van zijn recht; hij kan zijn recht immers *nu* al verwezenlijken. Natuurlijk moet hier het ‘belang’ van de benadeelde het afleggen. Hij heeft het verlies van zijn recht aan zijn eigen nalatigheid te danken. Aldus beschouwd behelst de relatieve verjaringstermijn, in conceptuele zin, een vorm van rechtsverwerking.¹⁰

In het Saelman-arrest kan men een aanwijzing lezen dat ook de Hoge Raad de relatieve termijn in dat perspectief wil zien.¹¹ Geheel zeker is dat bij gebreke van een expliciete overweging te dien aanzien niet.¹²

9 R.o. 3.4.

10 Zie uitgebreider over de ratio van de relatieve termijn § 9.2 en § 12.3.

11 Zie in gelijke zin Hartlief, *AA* 2004, p. 270 r.k.

12 Zie nader over de vraag in hoeverre de rechtsverwerkingsgedachte aanvaard is § 9.2.

Dat de relatieve termijn een vorm van rechtsverwerking is, moet steeds de leidende gedachte zijn bij beantwoording van interpretatievragen van de relatieve termijn.

Aanvaarding van de gedachte dat de relatieve termijn een vorm van rechtsverwerking is, is van fundamentele betekenis bij beantwoording van, met name, de vraag naar zijn aanvangsmoment. Ten gronde komt het er steeds op aan vanaf welk moment van de benadeelde redelijkerwijze verwacht mocht worden dat hij tot juridische actie kwam.

Welk rol “de rechtszekerheid” nog toekomt in het kader van de relatieve termijn, is onduidelijk. De billijkheid, nader gepreciseerd in de hiervoor uiteengezette rechtsverwerkingsgedachte, lijkt het alleen af te kunnen.

Tot voor het Saelman-arrest kende de Hoge Raad de rechtszekerheid, begrepen als algemeen belang, in het kader van de relatieve termijn een centrale positie toe. Zie bijvoorbeeld de Hoge Raad in het seksueel misbruikarrest:¹³ “Een rechtsvordering als de onderhavige verjaart door verloop van vijf jaren nadat de benadeelde de voor het instellen van zijn vordering benodigde wetenschap heeft verkregen, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is ontstaan. Ook wat het beroep op de eerstbedoelde verjaringstermijn betreft, eist de rechtszekerheid – welke het instituut der verjaring mede beoogt te dienen (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15801, *NJ* 1998, 380) – een vaste termijn; daarom kan in het algemeen niet worden afgeweken van het in artikel 3:310 lid 1 BW vermelde aanvangstijdstip van die termijn.”

Met de alleenheerschappij van de rechtszekerheid is het na het Saelman-arrest gedaan: de Hoge Raad overweegt nadrukkelijk dat de relatieve termijn tevens in het teken van de billijkheid staat. Men kan zich afvragen of de Hoge Raad niet nog een stap verder had kunnen gaan door verwijzing naar de rechtszekerheid geheel weg te laten. Zulks had echter een voor de Hoge Raad wellicht al te geprononceerde breuk met het verleden betekend en bovendien: dat de relatieve termijn de rechtszekerheid *niet* dient is ook weer moeilijk vol te houden; iedere rechtsregel dient immers in zekere zin de rechtszekerheid.¹⁴ Onuitgesproken blijft nu evenwel dat de billijkheid een veel prominenter perspectief biedt dan de rechtszekerheid. Als men aanneemt dat de rechtvaardiging van verjaring krachtens de relatieve termijn erin is gelegen dat iemand zijn recht verliest omdat hij heeft nagelaten het geldend te maken hoewel zulks van hem redelijkerwijze wel verwacht had mogen worden, komt de “rechtszekerheid” als algemeen belang geen rol van betekenis meer toe. Begrepen als individueel belang van de debiteur is de rechtszekerheid uiteraard wel van wezenlijke betekenis, maar wordt hij ondergebracht in het billijkheidsoordeel: het is billijk de crediteur zijn recht te ontnemen, omdat hij met zijn verwijtbare stilzitten de rechtszekerheidspositie en de bewijspositie van de debiteur nodeloos bezwaart.

13 HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000, 15, r.o. 3.3.1. Zie over dit arrest nader § 22.2.2.2. Overigens is het strikt genomen niet erg precies om te spreken van “het” Seksueel-misbruikarrest, omdat er over seksueel misbruik veel meer arresten dan alleen deze geweest zijn. Een betere roepnaam is echter moeilijk te verzinnen en gegeven het feit dat het op *verjaringsgebied* wel “het” seksueel-misbruikarrest is, is de mate waarin die naam misverstanden oproept toch voldoende beperkt.

14 Zie evenwel over de fundamentele tekortkomingen van “de rechtszekerheid” als ratio van de relatieve termijn nader § 9.3 en 8.4. Zie voor de opvatting dat de rechtszekerheid in het algemeen binnen de bevrijdende verjaring geen rol van betekenis heeft: Brunner, *Themis* 2001, p. 244 r.k.

21.2.2 *Het aanvangsmoment van de vijfjaarstermijn*

21.2.2.1 *Inleiding; het Saelman-arrest*

De Hoge Raad heeft in het Saelman-arrest geoordeeld dat de vijfjaarstermijn “pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen.” Die beslissing is van eminent belang voor vragen betreffende het aanvangsmoment van de relatieve termijn.

Wij zagen in de vorige paragraaf de relevantie van het Saelman-arrest in verband met de ratio van de relatieve verjaringstermijn. Ook op meer concreet niveau is het van grote betekenis. De Hoge Raad overweegt:¹⁵ “(...) De korte verjaringstermijn (...), waarom het in dit geding gaat, staat niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid. De voormelde eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon, moet naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid (HR 6 april 2001, nr. C99/158, *NJ* 2002, 383; vgl. ook HR 20 april 2001, nr. C99/293, *NJ* 2002, 384), zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat (HR 24 januari 2003, nr. C02/011, *NJ* 2003, 300). Voorts heeft de Hoge Raad beslist dat, indien de benadeelde zijn vordering niet kan instellen door omstandigheden die aan de schuldenaar moeten worden toegerekend, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de schuldenaar zich erop zou vermogen te beroepen dat de vijfjarige verjaring is begonnen te lopen op het zojuist bedoelde tijdstip. De korte verjaringstermijn gaat dan pas in wanneer die omstandigheden niet langer verhinderen dat de vordering kan worden ingesteld (HR 23 oktober 1998, nr. 16.567, C97/037, *NJ* 2000, 15 en HR 25 juni 1999, nr. 16.841, C97/320, *NJ* 2000, 16). Tegen de achtergrond van voormelde rechtspraak en in het licht van de mede naar aanleiding van deze arresten verschenen literatuur komt de Hoge Raad thans tot het oordeel dat de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW, gelet op de strekking van deze bepaling, pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen.”

De relatieve termijn vangt dus pas aan als de benadeelde “daadwerkelijk in staat is” een vordering in te stellen. Dat criterium past goed in de gedachte dat een vordering slechts krachtens de relatieve termijn kan verjaren als van de benadeelde redelijkerwijze verwacht mocht worden dat hij zijn vordering instelde. Immers, als hij daadwerkelijk in staat is zijn vordering in te stellen, kan van hem in de regel redelijkerwijze ook verwacht worden dat hij dat doet (dit is overigens niet per definitie het geval).¹⁶

Hoewel zulks in het Saelman-arrest niet expliciet wordt overwogen, laten zich uitzonderingen denken op de regel dat verhinderende omstandigheden aan de aanvang van de relatieve termijn in de weg staan. De grond voor die uitzonderingen ligt in de gedachte dat de relatieve termijn aanvangt als van de benadeelde jegens de debiteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt. Het kan zich

¹⁵ In r.o. 3.4. De casus van het arrest komt in § 22.2.2.3 nader aan de orde.

¹⁶ Twee voorbeelden van discrepanties: (i) het instellen van de vordering vergt van de benadeelde een onevenredig groot offer (§ 22.2.2.2) en (ii) de benadeelde zag af van juridische actie omdat hij op goede grond meende dat die geen enkele kans van slagen had (zie hierna, § 22.2.2.6).

voordoen dat die actie redelijkerwijze verwacht had mogen worden, hoewel er voor de benadeelde een verhindering bestond. Dat kan zo zijn als de verhindering geheel in de sfeer van de benadeelde ligt.

Een verhindering waarvan inmiddels vaststaat dat zij niet aan aanvang van de termijn in de weg staat, is rechtsdwaling.¹⁷ Voorts is te denken aan gebrekkige feitenkennis doordat, bijvoorbeeld, een vertegenwoordiger van de benadeelde heeft nagelaten bepaalde relevante informatie door te geven. Hoewel in dat laatste geval, net als bij rechtsdwaling, de benadeelde niet “daadwerkelijk in staat is” zijn vordering in te stellen (wie wegens gebrekkige juridische of feitenkennis niet weet dat hij een vordering heeft, kan haar ook niet instellen) lijkt het toch niet juist aanvang van de relatieve termijn op te schorten.¹⁸

21.2.2.2 Onvermogen tot het instellen van een vordering wegens een feitelijke verhindering

Art. 3:310 lid 1 BW bepaalt kort gezegd dat de relatieve termijn begint te lopen bij bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon. De praktijk heeft inmiddels bewezen dat zich gevallen kunnen voordoen waarin de benadeelde weliswaar bekend is met schade en aansprakelijke persoon, maar hij desondanks wegens een feitelijke verhindering niet in staat is zijn vordering in te stellen.

Het bekendste voorbeeld vormen de seksueel misbruikzaken. Daar is het slachtoffer direct na het misbruik bekend met de schade en de aansprakelijke persoon, maar is zij ondanks die wetenschap niet in staat haar vordering te gelde te maken doordat zij daartoe psychisch niet in staat is. Voorts is te denken aan lichamelijk onvermogen (comateuze toestand) en het wettelijk verbod een vordering in te stellen.¹⁹

Na het Saelman-arrest is duidelijk hoe deze kwestie moet worden opgelost: de relatieve termijn vangt pas aan “op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen”, dus pas nadat de verhindering die de benadeelde ervan weerhield tot juridische actie te komen, is opgehouden te bestaan.

Pas sinds het Saelman-arrest geldt onverkort dat de relatieve termijn eerst aanvangt als de benadeelde daadwerkelijk in staat is zijn vordering in te stellen. Daarvoor hanteerde de Hoge Raad de zogenaamde “toerekeningsconstructie”. Daarover nader verderop in deze paragraaf, maar eerst nog een opmerking over het begrip “verhindering”.

Het is aannemelijk dat, om de aanvang van de termijn te doen opschorten, de verhindering niet absoluut hoeft te zijn. Vanuit de gedachte dat het er ten gronde op aankomt op welke moment van de benadeelde redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij zijn vordering instelt, moet worden aangenomen dat men onder “verhinderende

¹⁷ Zie HR 26 november 2004, *RvdW* 2004, 134, waarover nader § 22.2.2.4.

¹⁸ Vgl. Hartlief, *AA* 2004, p. 274, r.k.

¹⁹ HR 13 juni 1952, *NJ* 1953, 558 nt. PhANH.

omstandigheden” ook kan rekenen die omstandigheden die weliswaar geen absolute verhinderende vormen, maar die voor het instellen van de vordering van de benadeelde wel een onevenredig groot offer vragen. Onevenredig in de betekenis van: onevenredig groot in verhouding tot het belang van de debiteur bij het tijdige instellen van de vordering.

Het volgende arrest²⁰ kan dat demonstreren. Bij een in 1966 geboren vrouw worden door haar stiefvader gedurende een aantal jaren, eindigend in de eerste helft van 1981 (derhalve als de vrouw 14 of 15 is) meermalen ontuchtige handelingen verricht. Op 1 februari 1993 (dus als zij 26 of 27 is en 12 jaar na beëindiging van het misbruik) heeft de vrouw terzake aangifte gedaan. Bij brief van 2 september 1994 heeft de Officier van Justitie haar bericht dat de zaak in verband met verjaring van de mogelijk gepleegde strafbare feiten was geseponeerd. Toen de vrouw aangifte deed, volgde zij een (deeltijd-)therapie bij het RIAGG. Sinds de zomer van 1994 was zij opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis. De vrouw heeft de stiefvader op 25 mei 1998 voor het eerst aansprakelijk gesteld voor de door haar ten gevolge van de handelingen geleden schade.

Lezing van het bovenstaande doet neigen tot de conclusie dat de vordering wel verjaard zal zijn. De vrouw was blijkens haar aangifte op 1 februari 1993 in staat te ageren, zodat die datum een voor de hand liggend aanvangsmoment is voor de relatieve verjaringstermijn; aansprakelijkstelling op 25 mei 1998, zijnde meer dan vijf jaar later, is dan te laat. Ook het hof had die gedachte, maar overwoog vervolgens: “5.2. [Verweerder] heeft echter een brief in het geding gebracht van de psychiater M. van Egmond-van Es d.d. 24 juni 1999 die uit dossieronderzoek heeft opgemaakt dat [verweerder] ten tijde van de aangifte erg angstig was, dissocieerde en automutileerde en dat het RIAGG haar na haar gesprek met de politie heeft afgeraden verdere stappen te ondernemen omdat zij psychotisch dreigde te worden. [Eiser] heeft de brief op de hiervoor vermelde punten niet bestreden en in dit verband slechts naar voren gebracht dat de inhoud van de door Van Egmond geraadpleegde rapporten en verslagen door hem niet kan worden getoetst. Dit laatste staat echter niet in de weg aan de juistheid van de bevindingen van Van Egmond en het hof gaat van die juistheid uit, te meer nu de brief wordt ondersteund door de in eerste aanleg overgelegde brief van H.J. de Heer, klinisch psycholoog, van 13 mei 1998. De Heer vermeldt daarin dat eerdere aanzetten tot het nemen van actie (dan, zo begrijpt het hof, de aansprakelijkheidsstelling van 28 mei 1998) bij [de vrouw] leidden tot ernstige toename van de symptomatologie. [De man] heeft deze brief op dit punt evenmin bestreden.

5.3. Uit de overgelegde aangifte en uit vermelde brieven in samenhang met elkaar gelezen, leidt het hof af dat de gestelde aan [de man] toe te rekenen ziekte van [de vrouw] ten tijde van de aangifte weliswaar in een zodanige fase was gekomen dat zij over het seksuele misbruik kon verhalen en zich ervan bewust was dat zij daardoor ziek was geworden, maar dat redelijkerwijs niet van haar kon worden gevergd dat zij toen (ook) een rechtsvordering tegen [de man] zou instellen. Het doen van aangifte heeft haar kennelijk zeer opgebroken en het hof leidt uit meervermelde brieven ook af, dat haar ziekte [de vrouw] tot in 1998 verhinderde haar rechten op schadevergoeding tegen [de man] geldend te kunnen maken.”

Aldus verwierp het hof het beroep op verjaring. De man kwam hiertegen op in cassatie, onder andere stellende dat niet sprake was van een absolute verhindering voor de vrouw om haar rechten vanaf het moment van de door haar gedane aangifte geldend te maken,

20 HR 11 oktober 2002, NJ 2002, 558.

nu zij op zichzelf wel in staat was de vordering geldend te maken, maar zij heeft gemeend daaraan geen gevolg te kunnen of moeten geven, omdat dit zou leiden tot ernstige toename van de symptomatologie. De Hoge Raad overwoog:²¹

”Het onderdeel faalt, nu het Hof de hiervoor in 3.6 vermelde regel heeft toegepast. Het Hof is in rov. 5.3 van zijn arrest tot de slotsom gekomen dat haar ziekte [de vrouw] tot in 1998 verhinderde haar rechten op schadevergoeding tegen [de man] geldend te maken. Anders dan het onderdeel kennelijk veronderstelt, is het Hof derhalve niet ervan uitgegaan dat [de vrouw] haar vordering wel geldend had kunnen maken, maar dat zij in verband met de gevolgen voor haar geestelijke gezondheid ervan heeft afgezien daaraan gevolg te geven.”

Lezing van 's hofs arrest doet met het middel meevoelen dat *eigenlijk* het hof het instellen van die vordering door de vrouw weliswaar mogelijk achtte, maar voor haar schadelijk en dus verschoonbaar nagelaten: het hof zet uitvoerig gemotiveerd uiteen waarom van de vrouw redelijkerwijze niet *verwacht mocht worden* dat zij een vordering instelde – het instellen van die vordering zou haar grote psychische schade berokkenen – maar tovert vervolgens in de laatste zin van r.o. 5.3 min of meer uit de hoge hoed het oordeel dat uit meervermelde brieven ook tot het oordeel leiden dat zij *verhinderd was* haar vordering in te stellen.

Als gevolg van die motiveringstournure van het hof hoefde de Hoge Raad niet de vraag te beantwoorden waar het werkelijk om ging, namelijk: neemt de relatieve verjaringstermijn een aanvang zodra iemand in de strikte zin van het woord in staat is zijn vordering in te stellen, of wordt het aanvangsmoment opgeschort zolang het instellen van de vordering bij de benadeelde psychische schade teweeg brengt? Het is aannemelijk dat inderdaad het ontstaan van ernstige psychische schade bij eiser een omstandigheid is die de verjaringstermijn van aanvang weerhoudt. Dit om de volgende redenen.

Dat verjaring gerechtvaardigd is als de schuldeiser in staat was zijn vordering in te stellen, vloeide voort uit de gedachte dat in dat geval het afwenden van de verjaring van de schuldeiser geen reëel offer vergt; hij heeft het verlies van zijn vordering aan zijn eigen nalatigheid te danken. Dat verwijt is de vrouw hier niet te maken: men kan niet van haar verwachten dat zij zichzelf ernstige psychische schade aandoet ter incassering van een geldvordering. Het nadelige gevolg van tijdsverloop kan dus niet krachtens een verwijt op haar worden afgewenteld. Dat nadeel op een andere grond, bijvoorbeeld “risico”, voor haar rekening te brengen is niet juist omdat niet zij, maar de man de noodzaak tot het instellen van de vordering in het leven heeft geroepen. Men kan de redenering in deze seksueel misbruiksituatie nog verharder: de man behoort niet te profiteren van de (mede) door hem zelf veroorzaakte psychische instabiliteit van de vrouw.

Een rechtshistorisch getinte opmerking: vanuit de gedachte dat de relatieve termijn “de rechtszekerheid” dient, oordeelde de Hoge Raad vóór het Saelman-arrest dat in beginsel moet worden vastgehouden aan het in art. 3:310 lid 1 BW verwoorde aanvangsmoment en dat de aanvang slechts wordt opgeschort als de omstandigheden die de benadeelde verhinderen zijn vordering in te stellen, aan de debiteur moeten worden toegerekend.

21 R.o. 3.7.

Die toerekeningsconstructie werd geïntroduceerd in wat gedurende vijf jaar als het standaard-arrest over de relatieve verjaringstermijn werd beschouwd, te weten het seksueel misbruik-arrest.²² De feiten waren de volgende:

Een op 2 november 1959 geboren vrouw werkte van 1977 tot november 1989 (dus van haar 18^e tot haar 30^e) in het poeliersbedrijf van haar zwager. Zij werd door hem in de periode van 1 januari 1980 tot 1 januari 1989 (dus van haar 20^e tot haar 29^e) seksueel misbruikt. De zwager werd in een strafzaak voor dit misbruik veroordeeld. Op 27 januari 1994 – dus meer dan vijf jaar na beëindiging van het misbruik – dagvaarde zij hem tot vergoeding van inkomensschade en tot vergoeding van immateriële schade ten bedrage van NLG 70 000.

De zwager verweerde zich primair met de stelling dat de vordering verjaard was. Tegen het verjaringsverweer voerde de vrouw aan dat de verjaringstermijn pas aanvangt op het moment waarop zij over het misbruik heeft durven praten. Dit was pas het geval op 8 november 1989 – zo blijkt uit het proces-verbaal van aangifte. De vrouw voert in dit verband aan dat reeds in het algemeen slachtoffers van seksueel misbruik grote problemen hebben met het naar buiten brengen van hun ervaringen vanwege de aard van die ervaringen, en dat die toch al bestaande hindernis in het onderhavige geval werd vergroot doordat zij deel uitmaakte van een kleinschalige, streng godsdienstige, traditionele dorpsgemeenschap waarin de zwager in hoog aanzien stond.

De Hoge Raad overweegt:²³ “Een rechtsvordering als de onderhavige verjaart door verloop van vijf jaren nadat de benadeelde de voor het instellen van zijn vordering benodigde wetenschap heeft verkregen, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is ontstaan. Ook wat het beroep op de eerstbedoelde verjaringstermijn betreft, eist de rechtszekerheid – welke het instituut der verjaring mede beoogt te dienen (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15801, NJ 1998, 380) – een vaste termijn; daarom kan in het algemeen niet worden afgeweken van het in artikel 3:310 lid 1 vermelde aanvangstijdstip van die termijn. Voor zover zulks ertoe leidt dat een vordering verjaart welke de schuldeiser niet geldend heeft kunnen maken – een geval dat artikel 3:310 lid 1 blijkens zijn bewoordingen juist beoogt te voorkomen – is dat uit een oogpunt van individuele gerechtigheid moeilijk te accepteren. Daarom is het, wanneer zulk een niet geldend kunnen maken voortvloeit uit omstandigheden die aan de debiteur moeten worden toegerekend, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat deze zich erop zou vermogen te beroepen dat de vijfjarige verjaring een aanvang heeft genomen op het in artikel 3:310 lid 1 omschreven aanvangstijdstip daarvan. In zodanig geval moet dan ook worden aangenomen dat de verjaringstermijn eerst een aanvang neemt wanneer die omstandigheden het kunnen geldend maken van de vordering niet langer verhinderen.” Letterlijk dezelfde overweging hanteerde de Hoge Raad in het ¾ jaar later gewezen kindermishandelingarrest.²⁴

De Hoge Raad wilde dus het aanvangsmoment van de relatieve termijn alleen opschorten, als de verhinderende omstandigheid aan de dader kan worden *toegerekend*.

22 HR 23 oktober 1998, NJ 2000, 15.

23 R.o. 3.3.1.

24 HR 25 juni 1999, NJ 2000, 16.

De toerekeningsconstructie bleek vatbaar voor fundamentele kritiek, omdat er geen rechtvaardiging is voor de restrictie dat alleen verhinderende omstandigheden die aan de debiteur kunnen worden toegerekend de aanvang van de termijn opschorten.

De rechtvaardiging van verjaring krachtens de relatieve termijn is immers gelegen in het verwijtbaar stilzitten van de benadeelde. Zolang de benadeelde dat verwijt niet treft doordat er een omstandigheid is die hem verhindert zijn vordering in te stellen, is dus verjaring krachtens de relatieve termijn niet te verdedigen.

Met het Saelman-arrest heeft de Hoge Raad de toerekeningsconstructie verlaten. Bepalend is nog uitsluitend of de benadeelde 'daadwerkelijk in staat is' een rechtsvordering in te stellen; of de verhinderende omstandigheid aan de debiteur kan worden toegerekend is geen factor van belang meer.

Dat de Hoge Raad in het Saelman-arrest inderdaad beoogt een nieuw criterium te formuleren valt af te leiden uit de zin "Tegen de achtergrond van voormelde rechtspraak en in het licht van de mede naar aanleiding van deze arresten verschenen literatuur komt de Hoge Raad thans tot het oordeel dat ...". Weliswaar wordt in het eerste deel van dit citaat de nieuwe regel in zekere zin gepresenteerd als logisch slotakkoord van een recapitulatie van de tot dusverre over het aanvangsmoment van de relatieve termijn gewezen arresten, maar met het daaropvolgende "komt de Hoge Raad *thans* [cursivering toegevoegd] tot het oordeel dat" wordt duidelijk dat er iets gaat veranderen.²⁵

21.2.2.3 *Onvermogen tot het instellen van een vordering wegens gebrekkige feitenkennis*

Volgens de tekst van art. 3:310 lid 1 BW vangt de relatieve termijn aan zodra de benadeelde bekend is met zowel de schade als de aansprakelijke persoon. Die vereisten beogen een adequate opsomming te zijn van de wetenschap die een benadeelde moet hebben om tot het instellen van zijn vordering te kunnen overgaan. Zij zijn dat echter niet. Vereist is namelijk ook nog bekendheid met het bestaan van de fout en het causaal verband; wie niet weet dat er een grondslag is om een ander aansprakelijk te stellen of wie niet weet dat er causaal verband bestaat tussen daad en schade, *kan* zijn vordering niet instellen. Art. 3:310 BW moet op dit punt extensief worden geïnterpreteerd in die zin dat de relatieve termijn pas aanvangt als de benadeelde bekend is met alle voor het instellen van de vordering relevante feiten. Dit kan reeds worden geconcludeerd op grond van de regel dat de termijn pas aanvangt als de benadeelde daadwerkelijk in staat is zijn vordering in te stellen. Bovendien heeft de Hoge Raad expliciet dienovereenkomstig beslist.

25 Publicaties waarop de Hoge Raad met de woorden "naar aanleiding van deze arresten verschenen literatuur" het oog kan hebben zijn Tjittes, *A&V* 1999 (in het bijzonder p. 57); Brunner, *Themis* 2001 en Smeehuijzen, *WPNR* 2003 (1) en (2).

Het Saelman-arrest heeft namelijk precies deze problematiek tot onderwerp. De casus alsmede de hofoverweging kwamen hiervoor aan de orde.²⁶ Het hof oordeelde dat de omstandigheid dat de ouders niet bekend waren met de fout, niet aan aanvang van de relatieve termijn in de weg stond.

Naar de letter van de wet is op dat oordeel weinig aan te merken, want inderdaad is volgens de strikte bewoordingen van art. 3:310 lid 1 BW voor de aanvang van de relatieve termijn slechts bekendheid met (i) de schade en (ii) de aansprakelijke persoon vereist. Bekendheid met de fout is niet genoemd. Maar doordenkend rijzen snel bedenkingen.

Wat is immers het gevolg als de termijn aanvangt voordat de benadeelde bekend is met de fout? Het gevolg is dat zijn vordering verjaart, nog voordat hij in staat is geweest haar geldend te maken; kennis van de fout is nu eenmaal vereist, wil men een vordering kunnen instellen. Onomstreden is dat de regeling van de relatieve verjaringstermijn dat gevolg nu juist beoogt te voorkomen. De Hoge Raad heeft dezelfde gedachte gehad. Hij overweegt dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW, pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen en vervolgt dan:²⁷ “Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat indien iemand bij zijn geboorte lichamelijk letsel heeft opgelopen dat door het natuurlijk verloop van de zwangerschap en bevalling zou kunnen zijn veroorzaakt, de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW pas begint te lopen zodra hij of diens wettelijk vertegenwoordiger, voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn – heeft gekregen dat het letsel (mede) is veroorzaakt door tekortschietend of foutief medisch handelen.”

Overigens verdient opmerking dat voor het aanvangen van de relatieve termijn niet vereist is dat de benadeelde in detail weet waarin het foutieve van de litigieuze handeling schuilt. In HR 20 februari 2004²⁸ had een dakdekker in juli 1989 een dak vernieuwd. Reeds kort daarna deden zich lekkages voor zodat de benadeelde een deel van de rekening onbetaald liet. Pas in april 1995 werd de benadeelde uit een deskundigenrapport duidelijk wat de dakdekker precies fout had gedaan (“U vertelde mij dat er zich tussen het stucwerk binnen en het dakbeschot buiten isolatie bevindt. Dit is de oorzaak (...”). Dat moment is evenwel niet doorslaggevend. In 1989 wist de benadeelde dat er een fout was gemaakt ten gevolge waarvan de schade die hij vordert is ontstaan. Reeds op dat moment had hij dus een vordering kunnen instellen.

De Hoge Raad overweegt:²⁹ “Anders dan waarvan het middel kennelijk uitgaat, betekent zulks niet dat de benadeelde steeds ook met de oorzaak van de schade bekend dient te zijn, wil de verjaringstermijn een aanvang nemen. De verjaringstermijn begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen (HR 31 oktober 2003 nr. C02/234, RvdW 2003, 169).”

In lijn met het voorgaande moet deze overweging waarschijnlijk aldus worden gelezen dat de benadeelde wél steeds ook met de oorzaak van de schade bekend dient te zijn in die zin dat hem duidelijk moet zijn dat er een fout is gemaakt die voor hem schade tot

26 Zie § 17.3.4.

27 R.o. 3.5.

28 RvdW 2004, 37.

29 R.o. 3.9.

gevolg heeft gehad. Anders is hij immers niet in staat zijn vordering in te stellen. Niet is evenwel vereist dat hem in detail bekend is waarin die fout gelegen is.

21.2.2.4 *Onvermogen tot het instellen van een vordering wegens gebrekkige juridische kennis*

Het kan zich voordoen dat de benadeelde zijn vordering niet instelt omdat hij het juridische besef ontbeert dat hij een vordering heeft. Hij is dan niet daadwerkelijk in staat zijn vordering in te stellen. Toch heeft de Hoge Raad bepaald dat rechtsdwaling niet aan de aanvang van de relatieve termijn in de weg staat.

Zie HR 26 november 2004.³⁰ De bedrijfsvereniging had de benadeelde over de periode juni 1980 tot en met mei 1987 ten onrechte geweigerd een AAW/WAO-uitkering toe te kennen. In mei 1987 heeft de bedrijfsvereniging het verschuldigde bedrag alsnog betaald. De benadeelde heeft over het verschuldigde bedrag geen wettelijke rente ontvangen, omdat die door zijn advocaat niet ingevolgd art. 1286 BW (oud) aan de bedrijfsvereniging was aangezegd. De benadeelde stelt zijn advocaat aansprakelijk voor schade bestaande uit gederfde wettelijke rente. Wanneer hij dat precies doet blijkt niet uit het gepubliceerde arrest, maar het moet ergens in de tweede helft van de jaren negentig geweest zijn. De advocaat beroept zich op verjaring. De rechtbank oordeelt dat de benadeelde in 1987 de vereiste kennis had en dat dus toen de relatieve termijn aanving.

De Hoge Raad parafraseert de klacht van de benadeelde aldus dat: “pas in 1996, of op zijn vroegst op 13 februari 1993, de datum van publicatie van het arrest van de Hoge Raad van 12 juni 1992, nr. 14743, *NJ* 1993, 113, daadwerkelijk bekend was met de schade, omdat pas uit dat arrest bleek dat hij wettelijke rente heeft moeten missen als gevolg van het niet aanzeggen van de wettelijke rente door [zijn advocaat], en dat hij ook pas toen bekend was met de daarvoor aansprakelijke persoon, omdat hij pas na publicatie van het arrest van de Hoge Raad van 17 oktober 1997, nr. 16413, *NJ* 1998, 508, in Rechtspraak van de Week op 5 november 1997 kon weten dat [zijn advocaat] aansprakelijk was wegens het niet-aanzeggen van de wettelijke rente op de voet van artikel 1286 (oud) BW.”

Het gaat hier dus om een beroep van de benadeelde op gebrekkige rechtskennis: de voor het instellen van zijn vordering benodigde feitenkennis had hij al in 1987, maar hij leerde pas (op zijn vroegst) in 1993 de rechtsregel kennen dat zijn advocaat daarvoor aansprakelijk was.

De Hoge Raad verwierpt dat beroep op rechtsdwaling met de volgende overweging:³¹ “Deze rechtspraak [het Saelman-arrest – JLS] houdt echter niet in dat voor het gaan lopen van de verjaringstermijn vereist is dat de benadeelde niet slechts daadwerkelijk bekend is met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon maar ook met de juridische beoordeling van die feiten en omstandigheden. Het stellen van die eis zou niet in overeenstemming zijn met het voor een behoorlijk verloop van het rechtsverkeer te aanvaarden uitgangspunt dat een beroep op rechtsdwaling in het algemeen niet kan worden aanvaard, en zou tot rechtsongelijkheid aanleiding geven waar juridische kennis niet in gelijke mate bij eenieder aanwezig is. Het zou ook in strijd met de rechtszekerheid zijn wanneer de aanvang van de verjaring afhankelijk zou zijn van

³⁰ *RvdW* 2004, 134.

³¹ R.o. 3.4.

het tijdstip waarop de benadeelde juridisch advies inwint. Ook de billijkheid, die naar in het laatstvermelde arrest is overwogen bij de korte verjaringstermijn naast de rechtszekerheid van betekenis is, staat aan het stellen van die eis in de weg. De benadeelde zou immers zonder hinder van verjaringstermijn kunnen profiteren van een eerst veel later bekend geworden inzicht met betrekking tot de juridische situatie ten tijde van het ontstaan van de schade, terwijl de aansprakelijke persoon zijn gedrag heeft gericht naar de toen geldende inzichten.”

Dit oordeel verhoudt zich nogal stroef tot de bewoordingen van het Saelman-arrest. In de onderhavige zaak is het immers zo dat de benadeelde werkelijk niet wist dat hij zijn advocaat voor diens fout kon aanspreken. Dat hij dat niet wist viel hem ook niet te verwijten, omdat die vraag nog niet beantwoord was; pas in een arrest van februari 1993 verschaftte de Hoge Raad hierover duidelijkheid. Dat hij vóór de datum van dat arrest “daadwerkelijk in staat” was zijn vordering in te stellen, is dus strikt genomen niet vol te houden: wie niet weet dat hij een recht heeft, kan het ook niet geldend maken. Desondanks oordeelde de Hoge Raad dat de rechtsdwaling niet aan de aanvang van de relatieve termijn in de weg staat. Dit oordeel is niet alleen de Hoge Raad toegedaan; deze regel geldt ook naar Engels en Duits recht.³²

De Hoge Raad voert ter motivering van dat oordeel een veelheid aan motieven aan: een andersluidende conclusie (i) strijdt met het uitgangspunt dat een beroep op rechtsdwaling niet wordt aanvaard, (ii) geeft tot rechtsongelijkheid aanleiding, (iii) is in strijd met de rechtszekerheid en (iv) ook met de billijkheid, aldus de Hoge Raad.

Denkend vanuit de rechtsverwerkingsgedachte zou men de argumenten die de Hoge Raad presenteert in het volgende perspectief kunnen plaatsen. De schuldenaar heeft er belang bij dat een vordering wordt ingesteld binnen bekwame tijd nadat de feiten waarop die vordering is gestoeld, zich hebben voorgedaan. Immers, door tijdsverloop raakt zijn bewijspositie ondergraven en is zijn vermogen niet langer op nakoming ingesteld. Vanwege die belangen moet de schuldeiser zijn recht geldend maken zodra dat redelijkerwijze van hem verwacht mag worden. Als hij dat niet doet, is het gerechtvaardigd dat hem zijn vordering door de verjaring wordt ontnomen; hij heeft dan, in conceptuele zin, zijn recht verwerkt. Omdat het Nederlandse rechtsverkeer gebaseerd is op de gedachte dat een ieder geacht wordt zijn recht te kennen, kan onbekendheid met zijn recht niet in de weg staan aan het oordeel dat van de schuldeiser redelijkerwijze verwacht mocht worden dat hij zijn recht geldend maakte.

De in zijn arrest van 26 november 2004 door de Hoge Raad aanvaarde algemene regel dat rechtsdwaling niet aan de aanvang van de verjaring in de weg staat, is niet nieuw; hij is ook al te ontwaren in HR 24 mei 2002.³³ Daar was het volgende aan de orde.

Een boer meent dat hem op grond van de “Beschikking aanvulling superheffing” een “bijzondere hoeveelheid heffingvrije melk” moet worden toegekend. Zijn aanvraag daartoe wordt door de directeur landbouw en voedselvoorziening in de provincie Noord-Brabant geweigerd. Het tegen die beschikking gerichte bezwaar wordt door de minister van landbouw en visserij ongegrond verklaard. Het college van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: “CBB”) verwerpt bij uitspraak van 28 maart 1989 het tegen die beslissing ingestelde beroep.

32 Zie de hierna te noemen Engelse regel en wat Duits recht betreft Staudinger-Peters (2004) Vorbem zu § 199 Rnr. 47.

33 *NJ* 2003, 269 m.nt. TK.

De boer vordert schadevergoeding, onder meer op de gronden dat (i) de Staat de met het EVRM strijdige rechtsgang naar het CBB heeft ingesteld en heeft gehandhaafd en (ii) de Staat de afwijzende beslissing van het CBB heeft voorbereid, vastgesteld en gehandhaafd.

Inderdaad heeft het EHRM op 19 april 1994³⁴ geoordeeld dat het CBB niet kan worden beschouwd als “an independant tribunal” als bedoeld in art. 6 EVRM. De boer heeft de Staat op 6 juli 1995 aansprakelijk gesteld.

De Staat heeft zich op het standpunt gesteld dat de vordering tot schadevergoeding verjaard is. Naar zijn oordeel is de termijn gaan lopen de dag na de litigieuze beslissing, zijnde 29 maart 1989. De termijn is in dat geval voltooid op 29 maart 1994, zodat aansprakelijkstelling op 6 juli 1995 te laat is. Tegen die stelling voert de boer aan dat het aanvangsmoment van de relatieve termijn op zijn vroegst gelegen kan zijn op 19 april 1994 (de datum van het arrest van het EHRM), omdat eerst toen zijn vordering “opvorderbaar” zou zijn geweest. Vóór het arrest van het EHRM werd de rechtsgang bij het CBB beschouwd als met voldoende waarborgen omkleed zodat hij in een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk zou zijn verklaard. De Hoge Raad overweegt:³⁵

“In ieder geval na de (...) uitspraak van het CBB – dus vanaf 28 maart 1989 – was [eiser] bekend met de schade en de persoon die hij daarvoor aansprakelijk hield, te weten de Staat. De omstandigheid dat de Staat zich op het standpunt stelde dat het CBB wel was te beschouwen als “an independent tribunal” als bedoeld in art 6 EVRM en de omstandigheid dat het EHRM pas op 19 april 1994 heeft geoordeeld – kort gezegd – dat het CBB niet kon worden beschouwd als een zodanig gerecht (...), brengen, anders dan [eiser] aanvoert, niet mee dat geoordeeld moet worden dat [eiser] die de Staat onder meer verwijt dat hij een onrechtmatige rechtsgang bij het CBB heeft ingericht en dat het CBB een onjuiste beslissing heeft genomen, vóór de uitspraak van het EHRM door aan de Staat toe te rekenen omstandigheden zijn vordering tegen de Staat niet geldend kon maken. Zoals het Hof met juistheid heeft overwogen had [eiser] zich na de beslissing van het CBB tijdig tot de burgerlijke rechter kunnen wenden, of, in afwachting van de uitkomst van de procedure bij het EHRM (...) de verjaring kunnen stuiten. De verjaringstermijn is derhalve aangevangen op 29 maart 1989 en voltooid op 29 maart 1994.”

De boer wist dus op 29 maart 1989 niet dat hij een vordering uit onrechtmatige daad had en stelde daarom die vordering niet in. Dat hij dat niet wist kan hem moeilijk worden verweten, want tot het moment van het arrest van het EHRM van 19 april 1994 werd algemeen verondersteld dat de uitspraken van het CBB rechtmatig waren. Dat op zichzelf begrijpelijk is dat hij ten aanzien van het recht heeft gedwaald, kan hem hier niet baten – zie overigens voor enige bedenkingen bij die redenering hieronder.

Een geval waarin de bovengenoemde regel door de feitenrechter werd miskend, is HR 5 januari 2007.³⁶ Aan de orde was de vraag of de in een pensioenregeling opgenomen keuzemogelijkheid een door (thans) art. 141 EG-Verdrag verboden discriminatie van parttimers met betrekking tot de aansluiting bij de pensioenregeling opleverde. Het Hof overweegt ten aanzien van art. 3:310 BW: “Uit de strekking van deze bepaling volgt (...) dat de verjaring niet eerder aanvangt dan nadat [eisers – JLS] daadwerkelijk in staat waren een rechtsvordering tot vergoeding van hun schade in te stellen. Daartoe is niet voldoende dat [eisers – JLS] bekend waren met de (on)mogelijkheid van deelname aan de pensioen-

34 NJ 1995, 462.

35 R.o. 3.5.

36 NJ 2007, 320.

regeling. Zij behoeften immers niet te weten dat die regeling in strijd was met artikel 119 (oud) EG-Verdrag. Evenmin is voldoende dat Boersma-Leenmeijer e.a. uit de arresten van het HvJ EG hadden kunnen weten dat de regeling in strijd was met artikel 119 (oud) EG-Verdrag. Het gaat er immers niet om wat zij hadden kunnen weten, maar om wat zij wisten. Boersma-Leenmeijer e.a. hebben gesteld dat zij eerst na de arresten van 28 september 1994 van het HvJ EG in de zaken Vroege en Fisscher op de hoogte zijn gekomen van de (mogelijke) strijdigheid van de pensioenregeling met het gemeenschapsrecht, toen zij daarover werden geïnformeerd door hun vakbond.”

Deze overweging vindt, naar te verwachten viel, geen genade bij de Hoge Raad. Hij overweegt: “Het hof heeft (...) blijk gegeven van een onjuiste opvatting van de in dit geval aan te leggen maatstaf door voor het antwoord op de vraag op welk moment Boersma-Leenmeijer c.s. daadwerkelijk in staat waren een rechtsvordering tot vergoeding van hun schade tegen Vendex KBB in te stellen, beslissend te achten het tijdstip waarop zij ervan op de hoogte waren dat de pensioenregeling in strijd was met art. 119 EG-Verdrag. Immers, zoals is beslist in HR 26 november 2004, nr. C03/270, *NJ* 2006, 115, is voor het gaan lopen van deze verjaringstermijn niet vereist dat de benadeelde niet slechts daadwerkelijk bekend is met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon maar ook met de juridische beoordeling van die feiten en omstandigheden.”

De regel dat rechtsdwaling niet aan aanvang van de relatieve termijn in de weg staat, lijkt mij in beginsel juist. Men zou in de gedachtevorming drie typen rechtsdwaling kunnen onderscheiden.

Ten eerste zijn er die casus waarin over het geldend recht redelijkerwijze geen discussie kan bestaan. Denk bijvoorbeeld aan het volgende: fietser X wordt door een auto aangereden als gevolg van zijn eigen fout. Dat de aanrijding aan hem te wijten is, is zo evident, dat het niet in hem opkomt een vordering tegen de automobilist in te stellen. Zes jaar later raakt hij bekend met de, reeds tijdens het ongeval lang bestaande, 50%-regel bij verkeersaansprakelijkheid. Het voelt niet bezwaarlijk hem zijn gebrekkige rechtskennis tegen te werpen en aldus zijn vordering verjaard te achten. Hij had zijn recht kunnen kennen; dat hij het in werkelijkheid niet kende kan hem wellicht niet verweten worden, maar het is niet bezwaarlijk hem zijn onwetendheid in het kader van de verjaring ‘toe te rekenen’. Men zou het met enige verbeelding naar analogie van art. 6:162 lid 3 BW ‘toerekening krachtens verkeersopvatting’ kunnen noemen.

Die tweede categorie wordt gevormd door de gevallen waarin er ‘objectieve onzekerheid’ bestaat over wat geldend recht is. In het arrest de pensioenregeling van HR 5 januari 2007³⁷ bijvoorbeeld, was door niemand vooraf met een aanzienlijke mate van zekerheid te zeggen of de in een pensioenregeling opgenomen keuzemogelijkheid een door (thans) art. 141 EG-Verdrag verboden discriminatie van parttimers opleverde.

Duidelijk is dat de Hoge Raad die ‘objectieve onzekerheid’ niet aan aanvang van de termijn in de weg wil laten staan. Op zichzelf lijkt mij dat terecht, bij welke instemming ik direct aanteken dat zij eigenlijk vergezeld zou moeten gaan van tamelijk diepgravende beschouwingen. De facto namelijk, betekent de door de Hoge Raad gekozen benadering een zeer ingrijpende relativisering van het “declaratoire karakter” van rechterlijke uitspraken. Rechterlijke uitspraken worden geacht niets nieuws te brengen en het recht weer te geven

37 *NJ* 2007, 320.

zoals dat altijd gegolden heeft.³⁸ Maar als de crediteur aan dat recht, dat zich nú pas via de rechter aan ons openbaart, geen gevolg meer kan verbinden doordat zijn daarop gebaseerde vordering verjaard is, dan is de betekenis van die openbaring nogal betrekkelijk.³⁹ Zie ik het goed, dan kan men zelfs zeggen dat de verkorting van de verjaringstermijn van twintig naar vijf jaar voor het rechterlijk overgangsrecht niets minder dan een revolutie heeft betekend – veronderstellende dat rechtsdwaling inderdaad niet aan aanvang van de relatieve termijn in de weg staat. Al met al kan men dus over deze kwestie nauwelijks oordelen zonder eerst een visie op het rechterlijk overgangsrecht te ontwikkelen.⁴⁰ Dat heb ik in het kader van dit proefschrift niet gedaan. Laat ik voor mijn bijval toch twee argumenten noemen, in het besef dus nogmaals van het wat frank en vrije karakter daarvan.

Ten eerste lijkt het mij zinvol de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken aan een tijdslimiet te onderwerpen, omdat iedere ervaren jurist zich bewust is van het danig fictieve karakter van de veronderstelling dat het recht altijd zo geweest is als de rechter nu beslist; heel veel beslissingen hadden ook best anders kunnen uitvallen. Dat zo zijnde moet men het nu gesprokene niet aan het verre verleden willen opdringen.

Ten tweede zie ik niet in hoe een werkbare afbakening gemaakt zou kunnen worden tussen enerzijds recht dat de benadeelde wél kon kennen (in welk geval de onbekendheid voor zijn rekening zou moeten komen) en gevallen waarin hij zijn recht níet kon kennen (in welk geval de onbekendheid aan aanvang van de termijn in de weg zou staan of een beroep op de verjaring in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn). Daarom lijkt mij een differentiatie in rechtsgevolg, zo in principe al wenselijk, uit praktisch oogpunt niet goed mogelijk.

Maar nu het derde type rechtsdwaling. Het laat zich denken dat de rechtsdwaling is veroorzaakt, níet doordat de benadeelde recht dat hij kón kennen eenvoudig niet kende (eerste type), níet doordat het recht niet te kennen wás (tweede type), maar in plaats daarvan doordat de debiteur bij hem de rechtsdwaling veroorzaakt heeft. Over dat – waarschijnlijk tamelijk uitzonderlijke – derde type rechtsdwaling het volgende.

Ten minste verdedigbaar is dat wanneer de rechtsdwaling niet aan de benadeelde maar aan de debiteur moet worden toegerekend, zijn beroep op de relatieve termijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid is.

Het meest sprekende voorbeeld lijkt mij in dit verband het onjuiste juridisch advies. In het hierboven besproken HR 26 november 2004 viel de advocaat terzake van zijn fout eigenlijk geen verwijt te maken, omdat de regel dat hij de rente had moeten aanzeggen ten tijde van zijn handelen niet te kennen was. Het arrest waarin de Hoge Raad die regel over renteaanzegging vestigde, werd in de doctrine ook bepaald niet met instemming ontvangen.

Onduidelijk is evenwel of de Hoge Raad de verjaringsvraag gelijklopend zou hebben beantwoord als de advocaat wél een duidelijk verwijt had getroffen, in die zin dat hij de betreffende regel had behoren te kennen. Stel bijvoorbeeld dat iemand zich tot zijn advocaat

38 Haazen, diss. p. 51 ridiculiseert die aanname nogal aanstekelijk aan de hand van de in het verkeersrecht ontwikkelde 50%/100%-regel.

39 Ook Spier definieert het probleem in zijn Conclusie voor HR 26 november 2004 als “de (de facto) al dan niet “terugwerkende kracht” van rechtspraak.”

40 Zie voor diepgaande gedachtevorming Haazen, diss.

wendt met de vraag of hij de kandidaat-koper van zijn huis moet wijzen op de aan hem (de cliënt) bekende, op korte termijn tot verzakking leidende maar moeilijk zichtbare scheuren in het fundament. De advocaat adviseert de potentiële koper niets te zeggen, omdat de koper die scheuren in het kader van zijn onderzoeksplicht zelf zou moeten ontdekken.⁴¹ Als men ook in die situatie tot uitgangspunt neemt de fictie dat een ieder geacht wordt het recht te kennen, zou het oordeel moeten luiden dat de termijn op het moment van de fout is aangevangen. Maar de cliënt heeft zich nu juist tot de advocaat gewend omdat hij zijn recht niet kende. Dat onder *die* omstandigheden van de benadeelde redelijkerwijze verwacht mocht worden dat hij zijn vordering instelde omdat hij geacht mag worden het recht te kennen, is een wel erg getordeerde gedachtegang.

De Engelse Law Commission verwoordt het als volgt: “the essence of the cause of action contradicts the presumption that, as a reasonable person, the claimant knows the law because the claimant necessarily has to establish that he or she did not know the law in order to succeed.”⁴² Aldus beveelt zij aan rechtsdwaling niet aan de aanvang van de korte termijn in de weg te laten staan, maar maakt zij indachtig het zojuist gegeven citaat een uitzondering als het gaat om juridisch advies. Die oplossing zou ik, via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, ook voor het Nederlandse recht voorstaan.

Gegeven het feit dat de advocaat, terwijl hij beter had moeten weten, de rechtsdwaling bij de benadeelde zelf heeft veroorzaakt, ligt het erg voor de hand die rechtsdwaling niet aan de benadeelde, maar aan *hém* toe te rekenen. Dienovereenkomstig lijkt mij met betrekking tot rechtsdwaling in het algemeen verdedigbaar een regel die lijkt op de oude toerekeningsconstructie uit het seksueel misbruikarrest.⁴³ Daar werd bepaald dat de termijn niet begint te lopen als de omstandigheid die de benadeelde verhindert tot juridische actie te komen, aan de debiteur kan worden toegerekend. Buiten de rechtsdwaling bleek die regel niet gelukkig, omdat buiten rechtsdwaling het uitgangspunt dat in beginsel verhinderende omstandigheden voor rekening van de benadeelde komen, niet geldt. Maar bij rechtsdwaling geldt dat uitgangspunt *wél*, omdat een ieder wordt geacht zich van zijn juridische positie bewust te zijn.

Vergelijkbaar lijkt mij wat A-G Spier schrijft in zijn Conclusie voor het hiervoor besproken arrest van de melkveehouders. Hij meent dat de rechtsdwaling van de boeren aan aanvang van de relatieve termijn niet in de weg staat, maar kan zich wel een situatie voorstellen waarin dat anders is (althans: waar een beroep op de verjaring van de Staat in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn): “Dat een beroep op verjaring veelal zal slagen wordt m.i. niet anders wanneer eerdere (lagere) rechtspraak weinig perspectief bood. In zoverre is er geen enkele verschil met de onderhavige zaak. Slechts wanneer eerdere recente rechtspraak van Uw Raad op een ander spoor bleek te zitten dan het EHRM is er, op de voet van het tweede lid van art. 6:2 BW, m.i. grond de eiser nog een zekere termijn te gunnen vanaf het arrest van het EHRM. Deze veronderstelde rechtspraak moet immers aan de Staat worden toegerekend in de zin van HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16 ARB rov. 4.2.” Ook hier dus: toerekening van rechtsdwaling aan de aangesprokene, met een ontoelaatbaar beroep op de verjaring tot gevolg.

Lezing van het voorgaande citaat geeft overigens wel aanleiding tot de volgende bedenking bij het arrest: als men rechtsdwaling bij de benadeelde *wél* aan de Staat toerekent

41 Dat advies is fout omdat mededelingsplicht voor onderzoeksplicht gaat.

42 Law Commission (2001), p. 49.

43 § 22.2.2.2.

in het geval waarin de Hoge Raad de verkeerde weg heeft gewezen, waarom zou dan de rechtsdwaling níet aan de Staat moeten worden toegerekend in het geval die rechtsdwaling is veroorzaakt doordat de Staat een, naar achteraf blijkt, ondeugdelijk instituut in het leven heeft geroepen? Verdedigbaar is zelfs dat het creëren van een rechtsprekend lichaam in nog sterkere mate verwachtingen wekt ten aanzien van wat rechtens is dan uitspraken van de Hoge Raad. Bij arresten van de Hoge Raad is duidelijk dat het om interpretatie van het recht gaat; de legitimiteit van rechtsprekende lichamen zal in de beleving van de burger, terecht, welhaast een onbetwifelbaar feit zijn.

Verder denkend over het veehoudersarrest ontstaat het beeld dat het in wezen een kwestie van overgangsrecht betreft. De verjaring lijkt een gelegenheidsargument tot afwijzing van de vordering te vormen. Het lijkt werkelijk niet zo te zijn dat de benadeelde toerekenbaar – ook als men het bergip toerekenbaar breed opvat – teveel tijd heeft laten verstrijken. Ik krijg veeleer de indruk dat de Hoge Raad er niet aan heeft gewild, uit rechtspolietieke of andere overwegingen, alle beslissingen van het CBB met terugwerkende kracht op losse schroeven te stellen. Die overwegingen lijken mij op zichzelf niet per se ongeldig, maar verjaring krachtens de subjectieve termijn kunnen zij niet schragen.

Geplaatst in het hiervoor gepresenteerde schema: van het type rechtsdwaling waarin de benadeelde werkelijk beter had kunnen weten omdat het recht dat hij niet kende wel kenbaar was (eerste type), is hier geen sprake. Dan is de vraag of het gaat om rechtsdwaling doordat het recht niet te kennen wás (tweede type), of doordat de benadeelde door zijn wederpartij op een dwaalspoor is gezet (derde type). Het laatste is wat de veehouders betreft tenminste bepleitbaar.⁴⁴

Bij beantwoording van de vraag of inderdaad de rechtsdwaling is veroorzaakt door de debiteur, lijkt mij de persoon van de debiteur van belang. Het maakt verschil of het beeld van het geldend recht bij de benadeelde is gevormd door handelingen van, enerzijds, bijvoorbeeld zijn advocaat of de Staat, of, anderzijds, door een particuliere wederpartij; dat die laatste het recht aldus percipieert dat er geen vordering bestaat, moet de benadeelde uiteraard niet van de wijs brengen.

44 Zie nog uitgesprokene de noot onder het arrest: “De landbouwers hebben keurig de Nederlandse wet gevolgd, en krijgen geen nieuw respijt wanneer die wet ongeldig blijkt te zijn wegens strijd met het EVRM. Vóór Van de Hurk hadden zij zich ook best tot de burgerlijke rechter kunnen wenden, aldus de HR. Een argument voor die stelling heb ik in de stukken gevonden (niet in de arresten van de HR): ook vóór Van de Hurk was er al twijfel geuit aan de geldigheid van de Nederlandse wet op het punt van de exclusieve rechtsmacht van het CBB; Hirsch Ballin heeft zich o.a. in die zin uitgelaten (annotatie bij het Benthem-arrest, *AB* 1986,1). Men mag van veeboeren wel verlangen, denk ik, dat zij de wet kennen; maar het gaat wat ver om kennis te veronderstellen van de publicaties van Hirsch Ballin. Een juridisch sterker argument, hoewel hopeloos abstract, is dat arresten van het Europese Hof, ook dat inzake Van de Hurk, een declaratoir karakter hebben: de wet is altijd al geweest zoals hij krachtens deze (nieuwe) jurisprudentie zou moeten zijn, en daarom worden de vee-boeren geacht deze oplossing te kennen, dwz. altijd al gekend te hebben. Zie concl. Van Hout no. 4.31-4-35. Het lijkt mij echter dat het recht zich dan wel erg ver verwijderd van de voorstellingswereld van de justitiabelen. De veehouders hebben zich in goed vertrouwen gewend tot het CBB, en dat vertrouwen was gewekt door de Staat. Daarom mogen zij er m.i. niet de dupe van worden.”

21.2.2.5 Hoe moeten de woorden “bekend is geworden” worden begrepen?

Subjectief of objectief?

Men kan onder ‘bekend is geworden’ verstaan, dat: (i) waarmee de benadeelde redelijkerwijze bekend had behoren te zijn (objectief criterium) of (ii) waarmee de benadeelde feitelijk bekend was (subjectief criterium). De Hoge Raad heeft het subjectieve criterium aanvaard en het objectieve verworpen.

Zulks geschiedde in het bekende arrest Vellekoop/Wilton Fijenoord.⁴⁵ De casus was als volgt. Een pijpfitter was van 1951 tot 1973 in dienst geweest bij Wilton Fijenoord. In 1987 werd mesotheliom vastgesteld en in 1988 overleed hij daaraan. Pas negen jaar later, in 1997, dagvaardt de weduwe de scheepswerf. Haar stelling: pas in 1994 zou zij er door informatie van derden door op de hoogte zijn geraakt dat haar man door een asbestziekte is overleden. Pas toen zou zij dus de vereiste kennis hebben gehad. Fijenoord stelt dat de vordering verjaard is, omdat, als het al niet zo was dat zij reeds bij het overlijden van haar man daadwerkelijk wist dat dit door de asbestblootstelling kwam, zij toch tenminste had behoren te weten dat zulks het geval was (objectief criterium). De weduwe meent daarentegen dat de feitelijke bekendheid doorslaggevend is (subjectief criterium). De Hoge Raad oordeelt:⁴⁶ “[Het onderdeel] strekt ten betoge dat de Rechtbank blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover in haar [overwegingen] besloten ligt het oordeel dat voor bekendheid met de aansprakelijke persoon in de zin van artikel 3:310 lid 1 BW voldoende is dat de benadeelde met de desbetreffende persoon bekend is of redelijkerwijs bekend had behoren te zijn (objectief/normatief criterium) en derhalve niet vereist is dat de benadeelde (daadwerkelijk) met de aansprakelijke persoon bekend is (feitelijk/subjectief criterium). (...) Bij de beoordeling van het onderdeel moet het volgende worden vooropgesteld. Voor zover hier van belang bepaalt artikel 3:310 lid 1 BW dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Aangenomen moet worden dat, mede gelet op de tekst van deze bepaling, het criterium “bekend is geworden” subjectief moet worden opgevat. Het komt er dus op aan dat degene die zich op voormelde verjaringstermijn beroept, stelt en zonodig bewijst dat de benadeelde daadwerkelijk bekend was met de schade en met de daarvoor aansprakelijke persoon.”

Vanuit de gedachte dat de relatieve termijn pas behoort aan te vangen als van de benadeelde redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij zijn vordering instelt, is deze beslissing toe te juichen. Zolang immers iemand bepaalde relevante feiten eenvoudig niet kent, kan van hem geen juridische actie verlangd worden. In deze casus: zolang de vrouw niet weet dat haar man door asbestblootstelling is overleden, kan van haar niet verlangd worden dat zij tegen de werkgever ageert. Er is geen reden haar die kennis eenvoudig toe te dichten, vanwege het feit dat, bijvoorbeeld, zij bijzonder onderontwikkeld is en een persoon van gemiddelde kennis en kunde al veel eerder zou hebben begrepen wat de oorzaak van het overlijden was.

⁴⁵ HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383 m.nt. HJS onder HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384.

⁴⁶ R.o. 3.4.1 en 3.4.2.

Een voor de hand liggend bezwaar tegen de subjectieve benadering is dat niet goed is vast te stellen wat iemand nu werkelijk weet. Dat probleem kan de rechter oplossen door op grond van ten processe gebleken feiten en omstandigheden voorshands, dat wil zeggen behoudens door de benadeelde te leveren tegenbewijs, aan te nemen dat bekendheid bestond.

Zulks bepaalde de Hoge Raad in het vervolg van zijn evengeciteerde overwegingen in Vellekoop/Wilton Fijenoord:⁴⁷ “Dat [het aankomt op daadwerkelijke bekendheid – JLS] neemt evenwel niet weg dat de rechter, indien de benadeelde zulks betwist, die bekendheid zal kunnen afleiden uit bepaalde ten processe gebleken feiten en omstandigheden. De rechter zal in een zodanig geval tot de slotsom kunnen komen dat op grond van die feiten en omstandigheden voorshands, dat wil zeggen behoudens door de benadeelde te leveren tegenbewijs, moet worden aangenomen dat de benadeelde daadwerkelijk bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon.”

Precies die situatie achtte de Hoge Raad in deze zaak aan de orde. De rechtbank had vastgesteld dat er een “patiënt formulier” was uit 1987 waarop staat dat de patiënt is ingelicht over de kwaal en dat onder “commentaar” is ingevuld: “scheepswerf”. Onder andere die informatie had bij de rechtbank het vermoeden doen postvatten dat bekendheid met schade en aansprakelijke persoon bestond. Hoewel dus de Hoge Raad het voor de werknemer gunstige subjectieve criterium aanvaardde, liep het voor hem (lees: zijn erfgenamen) toch nog slecht af.

Vermoeden of zekerheid?

Men kan zich afvragen welke mate van zekerheid vereist is, wil sprake zijn van ‘bekend is geworden’ in de zin van art. 3:310 lid 1 BW. Ten aanzien van *lichamelijke klachten* heeft de Hoge Raad overwogen dat voldoende mate van zekerheid pas bestaat wanneer de oorzaak door te dier zake deskundige artsen is gediagnosticeerd.

Deze kwestie kwam aan de orde in HR 24 januari 2003 (BASF).⁴⁸ De feiten waren de volgende. Een man is vanaf 16 februari 1981 tot 1 december 1993 in dienst bij een rechtsvoorgangster van BASF. Hij is in die periode als “inktvoorbereider” betrokken bij het vervaardigen van drukinkt. Vanaf 25 maart 1991 is hij arbeidsongeschikt; hij vordert uit dien hoofde inkomensschade en smartengeld. De werknemer heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat BASF is tekortgeschoten in het treffen van maatregelen ter voorkoming van schade aan zijn gezondheid als gevolg van zijn werkzaamheden. BASF heeft hem in onvoldoende mate beschermd tegen blootstelling aan oplosmiddelen.

BASF heeft zich op het standpunt gesteld dat de vordering is verjaard. BASF meent dat er bekendheid was met het causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade in 1988, terwijl pas in december 1995 gestuit is. BASF heeft in dat verband gewezen op een brief van de huisarts van de werknemer aan een collega-arts, gedateerd 27 december 1988 waarin is vermeld: “(...) zag ik vanmorgen ivm. klachten over duizeligheid, verkoudheid, denkstoornissen etc. Hij (...) wijt zijn klachten aan de chemicaliën waarmee hij contact

⁴⁷ Laatste deel r.o. 3.4.2.

⁴⁸ NJ 2003, 300.

heeft.” Aldus wil BASF de opvatting ingang doen vinden dat de werknemer reeds in december 1988 met zijn schade bekend was.

Hiertegen heeft de werknemer aangevoerd dat hij vanuit zijn “lekenverstand” bij zijn huisarts wel eens heeft “geopperd” of er geen verband zou bestaan tussen de blootstelling aan bepaalde stoffen op zijn werk en zijn klachten. Zijn huisarts legde dat verband aanvankelijk niet. Pas op 15 december 1992 (veel minder dus dan vijf jaar voor de aansprakelijkstelling in 1995) heeft een neuroloog het verband medisch vastgesteld. De werknemer stelt zich op het standpunt dat pas in 1992 van bekendheid sprake was en dat daarom in 1995 nog tijdig gestuit kon worden.

De aldus opkomende vraag welke mate van zekerheid vereist is wil sprake zijn van “bekend is geworden” wordt door de Hoge Raad als volgt beantwoord:⁴⁹ “Het enkele vermoeden van het bestaan van schade is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van daadwerkelijke bekendheid met de schade. Als sprake is van lichamelijke klachten waarvan de herkomst niet zonder meer duidelijk is, kan van daadwerkelijke bekendheid met de schade pas sprake zijn wanneer met voldoende mate van zekerheid is vastgesteld waardoor de klachten zijn ontstaan. In het algemeen zal deze vereiste mate van zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – pas aanwezig zijn wanneer deze oorzaak door te dier zake deskundige artsen is gediagnosticeerd”.

Met die overweging geeft de Hoge Raad *ten aanzien van gezondheidsschade* een heel concrete regel.

In zijn arrest van 27 mei 2005⁵⁰ oordeelde de Hoge Raad, na de relevante passages uit het Saelman-arrest te hebben herhaald (in het Saelman-arrest herhaalde de Hoge Raad ook zijn BASF-beslissing), dat de benadeelde pas de vereiste kennis had “in de loop van 1988, toen hij het gehele medische dossier had ontvangen”.

Ten aanzien van *andere feiten* dan lichamelijke klachten ligt het, gelet op de ratio van de relatieve verjaringstermijn, voor de hand de vereiste mate van vermoeden aanwezig te achten wanneer het zodanig sterk is dat redelijkerwijze van de benadeelde gevergd kan worden dat hij tot juridische actie komt.

Onbeantwoord blijft begrijpelijkerwijze in het BASF-arrest de vraag wat onder daadwerkelijke bekendheid moet worden verstaan ten aanzien van *andere feiten* dan lichamelijke klachten. Het oordeel van de Hoge Raad over het begrip “bekend is geworden” in geval van lichamelijke klachten laat zich moeilijk extrapoleren, doordat de Hoge Raad niet expliciteert waarom in geval van lichamelijke klachten onder daadwerkelijke bekendheid moet worden verstaan: gediagnosticeerd door een arts. De Hoge Raad voert met andere woorden niet een redenering die zich analoog op afwijkende gevallen laat toepassen.

Ten aanzien van andere feiten dan lichamelijke klachten ligt het, gelet op de ratio van de relatieve verjaringstermijn, voor de hand de vereiste mate van vermoeden aanwezig te achten wanneer het zodanig sterk is dat redelijkerwijze van de benadeelde gevergd kan worden dat hij tot juridische actie komt. Wanneer het vermoeden zodanig sterk is dat redelijkerwijze van de benadeelde kan worden gevergd dat hij tot juridische actie komt, moet van geval tot geval worden beoordeeld. Vaak zal van belang zijn op welk moment

49 R.o. 3.4.2.

50 *NJ* 2006, 114.

een objectieve derde zich over het al dan niet bestaan van het 'litigieuze feit' uitlaat, met name in die kwesties waarin het een feit betreft dat voor leken niet goed te onderkennen is.

Een voorbeeld biedt HR 24 maart 2006.⁵¹ Het ging om de vraag op welk moment de koper daadwerkelijk bekend was met het verontreinigd zijn van een zeker perceel. De verkoper (een gemeente) stelde dat dat in 1992 was, toen de koper in een brief aan de gemeente blijk gaf van een vermoeden van de verontreiniging. Volgens de koper was echter de vereiste bekendheid er pas na het verschijnen van een inventariserend bodemonderzoek in oktober 1996. Het hof gaf de koper gelijk en de Hoge Raad achtte dat oordeel juist.

Onderzoeksplicht naar onbekende feiten?

Aannemelijk is in bepaalde casusposities dat zodra bekendheid met de fout bestaat, de benadeelde zich niet op de onbekendheid met andere feiten kan beroepen als hij die feiten had kunnen achterhalen.

Hiervoor⁵² is uiteengezet dat "bekendheid" subjectief moet worden opgevat, in die zin dat het erom gaat wat de benadeelde daadwerkelijk wist; er is geen ruimte hem bepaalde kennis door objectivering toe te dichten. Zolang de benadeelde niet weet dat hij zich tot de debiteur in enig opzicht juridisch verhoudt doordat hij niet weet dat die ander jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld, is die regel heel goed te begrijpen.

Maar in situaties waarin de benadeelde *wel* wist dat jegens hem een onrechtmatige daad was begaan, kan het zeer wel verdedigbaar zijn dat de benadeelde zich niet op onbekendheid met andere feiten kan beroepen als hij die feiten eenvoudig had kunnen achterhalen. Die opvatting vloeit voort uit de gedachte dat het er bij de relatieve termijn ten gronde om gaat vanaf welk moment van de benadeelde redelijkerwijze actie verlangd mag worden. Als de benadeelde eenmaal weet dat hij mogelijk een vordering heeft, weet hij ook dat er mogelijk een debiteur is met wiens belangen hij rekening heeft te houden. Die wetenschap kan hem verplichten (een vorm van) onderzoek te doen.

Bijvoorbeeld: iemand wordt onrechtmatig aangereden door een automobilist, raakt gewond, maar slaagt er nog wel in het kenteken van de auto te noteren. Aanvankelijk wenst hij geen juridische actie te nemen, en achterhaalt hij dus de identiteit van de dader niet. Zes jaar later bedenkt hij zich en achterhaalt de naam via een telefoontje naar de politie alsnog. Met de aansprakelijke persoon was hij nog niet eerder daadwerkelijk bekend. Toch is er veel voor te zeggen die bekendheid reeds ten tijde van het ongeval te veronderstellen.⁵³ Een ander voorbeeld: een cliënt hoort van zijn belastingadviseur dat deze een fout heeft gemaakt. Omdat de relaties goed zijn, zoekt hij niet uit of er schade is. Als zes jaar later de verhoudingen zijn verslechterd laat hij de schade alsnog begroten en blijkt deze aanzienlijk te zijn. Ook hier is men geneigd te oordelen dat de benadeelde op het moment

⁵¹ NJ 2007, 377.

⁵² § 22.2.2.5.

⁵³ Zo deed ook Rechtbank Breda 8 augustus 2007 (HAZA 06-1154 – nog te publiceren in JA) in een vergelijkbare zaak: "Uit een en ander volgt dat [belanghebbende] twee voor de hand liggende mogelijkheden om op eenvoudige wijze bekend te worden met de identiteit van de voor het ongeval aansprakelijke personen, te weten via de politie of via haar toenmalige partner, niet heeft aangegrepen." De Rechtbank oordeelt dat het beroep van de moeder op het subjectieve bekendheidscriterium hier in strijd met de redelijkheid en billijkheid is. De voorkeur had wat mij betreft gehad het oordeel dat het subjectieve criterium niet aldus moet worden begrepen dat de benadeelde van iedere onderzoeksplicht is ontslagen. Het resultaat is hetzelfde.

van bekend worden met de fout, of in ieder geval kort daarna, tevens geacht moet zijn met de schade bekend te zijn.

Met het voorgaande wil bepaald niet gezegd zijn dat steeds bij bekendheid met de fout, ook andere feiten (zoals schade en aansprakelijke persoon) bekend verondersteld moeten worden. Er zijn zeer veel situaties denkbaar waarin dat niet zo is. De volgende factoren kunnen een rol spelen (deze opsomming beoogt niet uitputtend te zijn). (i) Naarmate het bestaan van schade waarschijnlijker is, is eerder onderzoek te verwachten. Wanneer het bestaan van schade werkelijk geheel onzeker is, ligt het aannemen van een verplichting tot onderzoek niet voor de hand. Te denken is bijvoorbeeld aan gevallen van blootstelling aan een giftige stof die niets *steeds* schadelijke effecten heeft. (ii) de bezwaarlijkheid van het doen van onderzoek, gelet op kosten, moeite, de mate waarin dat onderzoek de benadeelde eventueel overigens bezwaart en het te verwachten resultaat.

A-G Hartkamp lijkt zich in zijn Conclusie voor HR 20 april 2001⁵⁴ tegen enige onderzoeksplicht te keren. In dat arrest was de vraag aan de orde of het begrip bekendheid van art. 3:311 BW objectief dan wel subjectief moet worden opgevat (zoals die vraag in het kader van art. 3:310 BW al aan de orde was geweest in het hiervoor⁵⁵ besproken Vellekoop/Wilton Fijenoord). Hartkamp schrijft: “Niet kan worden gezegd dat een subjectief criterium niet in het stelsel van de wet zou passen. Enerzijds komt dat criterium ook elders voor (zie het genoemde art. 3:52 BW), anderzijds vormt de lange termijn een objectief “vangnet”. Ik ben er daarom geen voorstander van om bij de korte termijn een onderzoeksplicht – waar een objectief criterium op neer zou komen – aan te nemen”.

Dat het aannemen van een onderzoeksplicht gelijk staat aan het aanvaarden van een objectief criterium lijkt niet juist. De onderzoeksplicht zoals die hiervoor werd verdedigd behelst geen objectief criterium, maar stelt centraal wat de betreffende benadeelde gelet op zijn werkelijke kennis met het oog op het belang van de debiteur aan feiten zou moeten achterhalen. Aldus uitgaande van de persoon van de debiteur is het een bij uitstek subjectief criterium.

Tot slot verdient opmerking dat het Engelse concept *Constructive knowledge* ook een zekere onderzoeksplicht lijkt te impliceren.⁵⁶

21.2.2.6 Overige vragen

Doorlopende en toekomstige schade

De verjaring van doorlopende schade zoals inkomensschade ten gevolge van een ongeval, begint te lopen zodra enige schade van deze soort bekend is.

Bijvoorbeeld: in een vonnis van de Rechtbank Zutphen⁵⁷ heeft het slachtoffer een dwarslaesie opgelopen. Hij stelt zich op het standpunt dat de verjaring periodiek, namelijk gekoppeld aan zijn (uiteraard) periodiek te lijden inkomensschade, is gaan lopen. De rechtbank oordeelt anders: “nu gelet op de ernst en aard van het letsel de schadeposten reeds toen dat letsel bekend was, voorzienbaar waren”. Deze motivering stemt overeen met de rechtspraak van de Hoge Raad. Hij overweegt in zijn arrest van 24 mei 2002.⁵⁸

⁵⁴ NJ 2004, 382 m.nt. HJS (Wong – Mr. X) sub 8.

⁵⁵ Zie § 22.2.2.5.

⁵⁶ Zie de geciteerde Engelse bepaling in § 17.2.1.

⁵⁷ 26 november 1996, *V/R* 1998, 8.

⁵⁸ NJ 2003, 268, r.o. 3.8.

“[Het middel] klaagt dat het Hof geen aandacht heeft besteed aan de stelling van [eiser] dat zijn schade niet ineens is geleden, maar voortdurend van aard is, zodat de vordering van [eiser] niet is verjaard voor zover deze betrekking heeft op schade geleden binnen 5 jaar voor de aansprakelijkstelling. Het Hof heeft inderdaad aan deze stelling van [eiser] geen aandacht besteed. Niettemin kan ook dit onderdeel niet tot cassatie leiden. Het gaat hier om afzonderlijke elementen van de gehele door de onrechtmatige daad veroorzaakte – doorlopende – schade. In de feitelijke instanties is niet aangevoerd dat zich daarbij een of meer nieuwe – eerder niet voorziene – schadeposten voordoen. (...) (vgl. HR 19 oktober 2001, nr. C00/264, *NJ* 2001, 655).”

Er is een geval waarin de Hoge Raad ten aanzien van *louter toekomstige schade* heeft geoordeeld dat de termijn pas begint te lopen als de schade daadwerkelijk is geleden. Of die regel algemene gelding heeft is niet duidelijk.

In HR 10 oktober 2003⁵⁹ is het volgende aan de orde. Een belastingadviseur heeft getracht de eenmanszaak van zijn cliënt “geruisloos in te brengen” in een B.V. Die poging is mislukt, doordat de belastingadviseur had verzuimd bij de belastingdienst een “verzoek om toepassing van artikel 18 Wet op de Inkomstenbelasting 1964 in te dienen”. Dat had voor de cliënt schade tot gevolg in de vorm van belasting over stakingswinst en een desinvesteringsbetaling. Ter afwering van de vordering tot schadevergoeding van de cliënt beroept de belastingadviseur zich op verjaring, in welk kader de vraag naar het aanvangsmoment van de relatieve termijn rijst. De volgende feiten zijn in dat verband van belang.

Bij brief van 12 november 1990 heeft de Belastingdienst medegedeeld dat er problemen waren met de belastingsaangifte. Op 26 februari 1991 heeft bij de Belastingdienst een bespreking plaatsgevonden waarbij de belastingadviseur en zijn cliënt aanwezig waren; bij die gelegenheid is door de Belastingdienst duidelijk gemaakt dat de geruisloze inbreng niet zou worden geaccepteerd. Bij brief van 20 juli 1991 is door de belastingadviseur aan zijn cliënt geschreven dat de geruisloze inbreng niet zou worden geaccepteerd. Als sluitstuk van de besprekingen heeft de Belastingdienst op 26 juli 1991 een brief gezonden waarin wordt gewezen op de mogelijkheid van bezwaar. De definitieve aanslag over het relevante belastingjaar is gedagtekend 31 december 1991.

De verjaring wordt bij brief van 26 augustus 1996 gestuit. Als de datum van de definitieve aanslag als moment van bekendheid met de schade wordt aangemerkt (31 december 1991 zijnde minder dan vijf jaar voor 26 augustus 1996), zou pas op dat moment de relatieve termijn aanvangen en zou dus de vordering niet zijn verjaard. Zou echter worden aangenomen dat alle afwijzende signalen van de Belastingdienst in de periode 12 november 1990 tot 26 juli 1991 reeds de bekendheid met de schade constitueren, dan zou de stuiting van 26 augustus 1996 (zijnde meer dan vijf jaar na 26 juli 1991) te laat zijn en zou de vordering dus wel zijn verjaard.

De A-G stelt bij beantwoording van de vraag naar het moment van bekendheid voorop dat “Het vereiste dat de benadeelde – daadwerkelijk – bekend is met zijn schade impliceert dat ook daadwerkelijk enige schade moet zijn geleden”. Op die lijn voortredenerend gaat zij op zoek naar het antwoord op de vraag wanneer de materiële belastingschuld ontstaat en dat blijkt te zijn het moment waarop de aanslag is vastgesteld, zijnde 31 december 1991.

59 *NJ* 2003, 680.

De Hoge Raad volgt de A-G in die redenering en in het oordeel dat dus het aanvangsmoment op 31 december is gelegen. Hij overweegt:⁶⁰

“Een rechtsvordering als de onderhavige verjaart, voor zover thans van belang, door verloop van vijf jaren nadat de benadeelde de voor het instellen van de vordering benodigde wetenschap – daadwerkelijke bekendheid met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon – heeft verkregen. Voor het aanvangen van de vijfjarige verjaringstermijn is hier dus in elk geval vereist dat daadwerkelijk schade is ontstaan.”

Afgezien van de inhoud van deze overweging, geeft haar redactie aanleiding tot vragen doordat de betekenis van de woorden “hier” en “dus” in de laatste zin zich niet goed laten doorgronden. “Hier” suggereert een beperkt toepassingsbereik van de door de Hoge Raad geformuleerde regel. Maar anderzijds wekt het gebruik van het woord “dus” in diezelfde zin de indruk van algemene gelding. Immers, met “dus” lijkt te zijn bedoeld dat de regel voortvloeit uit de parafrase van art. 3:310 lid 1 BW in de voorafgaande zin. Maar als dat zo zou zijn, is er geen reden de regel beperkte betekenis toe te kennen, omdat een algemene parafrase van de regeling van de relatieve termijn geen specifieke, op het concrete geval toegesneden gevolgtrekking kan rechtvaardigen. De woorden “hier” en “dus” zijn derhalve moeilijk met elkaar te verenigen. Het is om die reden niet duidelijk welke reikwijdte wij de regel moeten toekennen.

Bij de regel dat de relatieve termijn in geval van louter toekomstige schade pas aanvangt als de schade geleden is, kan men kanttekeningen plaatsen. Die kanttekeningen vloeien voort uit de gedachte dat de relatieve termijn behoort aan te vangen zodra van de benadeelde redelijkerwijze verlangd kan worden dat hij zijn vordering instelt, in combinatie met het besef dat men op grond van art. 6:105 BW ook toekomstige schade kan vorderen.

Zie wederom de ratio van de relatieve termijn: het belang van de debiteur eist dat de benadeelde zijn vordering instelt zodra dat redelijkerwijze van hem verwacht kan worden. Die situatie kan zich zeer wel voordoen *voordat* de schade geleden is, doordat art. 6:105 BW de mogelijkheid geeft ook toekomstige schade te vorderen. Te eisen dat de benadeelde van die mogelijkheid gebruik maakt ligt voor de hand, omdat uitstel de positie van de debiteur in voornoemde opzichtenodeloos bezwaart. Een discussie die nu plaats kan vinden, *moet* in het belang van de debiteur ook nu (althans binnen bekwame tijd) plaatsvinden.

Onduidelijk is ook waarom in geval van voortdurende schade de termijn voor toekomstige schade wel aanstonds begint te lopen, en bij louter toekomstige schade *niet*. Leest men de hierboven geciteerde conclusie voor HR 10 oktober 2003, dan is kennelijk de gedachte dat van doorslaggevend belang of reeds *enige* schade is geleden; als dat zo is, dan gaat direct bij het lijden van die schade ook de termijn voor de toekomstige schade lopen, maar als er daarentegen nog helemaal geen schade is, gaat de termijn voor de toekomstige schade nog niet lopen. Waarom zou dat zo zijn? Wie nu weet dat hij over tien jaar schade van een reeds gepleegde onrechtmatige daad zal ondervinden, moet zijn vordering te dier zake binnen bekwame tijd na verkrijging van die wetenschap instellen. *Nu* heeft immers de debiteur nog toegang tot de relevante feiten en houdt hij rekening met

60 R.o. 3.4.1.

de vordering, dus *nu* moet de discussie gevoerd worden. Of de benadeelde als gevolg van dezelfde gebeurtenis ook reeds terstond enige schade lijdt, lijkt geen bijzondere betekenis te hebben.⁶¹

De hier verdedigde opvatting dat de relatieve termijn ook ten aanzien van louter toekomstige schade gaat lopen is ook elders in de doctrine aanvaard.⁶² Akkermans komt tot dat oordeel,⁶³ mede vanuit de gedachte dat toekomstige schade zijn schaduw vooruit werpt en aldus in zekere zin direct schade constitueert.

Tot slot: als men aanneemt dat de relatieve termijn kan aanvangen ten aanzien van toekomstige schade, moet men logischerwijze ook aannemen dat men die verjaring kan stuiten. Zie in gelijke zin het na te bespreken⁶⁴ vonnis van de Rechtbank Utrecht van 4 februari 2004.⁶⁵

De benadeelde zag met recht af van het instellen van een vordering

Er zijn situaties denkbaar waarin de benadeelde “daadwerkelijk in staat is” zijn vordering in te stellen, maar hij hier aanvankelijk om een gegronde reden vanaf ziet. Mede afhankelijk van de overige omstandigheden van het geval is dan te verdedigen dat een beroep op verjaring krachtens de relatieve termijn in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

Het criterium “daadwerkelijk in staat zijn” tot het instellen van een vordering sluit nauw aan bij de ratio van de relatieve termijn, in die zin dat welhaast steeds van degene die daadwerkelijk in staat is tot het instellen van een vordering, redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij daartoe binnen bekwame tijd over gaat. Maar geheel naadloos is de aansluiting niet: er zijn gevallen waarin de benadeelde daadwerkelijk in staat is zijn vordering in te stellen, maar zulks redelijkerwijze niet van hem verwacht mag worden omdat hij een gegronde reden heeft om van het instellen van een vordering af te zien.

Bijvoorbeeld: Iemand wordt tot tien jaar gevangenisstraf veroordeeld wegens moord. Nadat hij zes jaar heeft gezeten, blijkt uit DNA-onderzoek dat hij onschuldig is. Daadwerkelijk in staat tot het instellen van een vordering tegen de staat was hij direct na zijn veroordeling. Op dat moment kon echter van hem redelijkerwijze niet verwacht worden dat hij zijn vordering inderdaad instelde, omdat gelet op zijn strafrechtelijk veroordeling duidelijk was dat een civiele actie kansloos was. Om die reden lijkt zeer wel verdedigbaar de stelling dat het verjaringsberoep moet stranden op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ter nadere onderbouwing is nog toe te voegen dat een van de twee belangen van de debiteur die normaal gesproken de verjaring rechtvaardigen, namelijk de teloorgang van bewijs, hier niet speelt: het DNA-onderzoek maakt iedere nadere feitelijke discussie overbodig.

61 Ook Asser/Hartkamp (I, nr. 674 en 674a) lijkt bij vaststelling van het aanvangsmoment van de relatieve termijn onderscheid te willen maken tussen louter toekomstige schade en schade die reeds direct deels wordt geleden, maar ook daar ontbreekt een rechtvaardiging voor dat onderscheid.

62 Klaassen, Akkermans (1998), p. 71 e.v. en Nieskens-Ispording e.a. (1993), p. 82 met rechtsvergelijkende opmerkingen.

63 Zie voorgaande noot.

64 Zie § 27.3.

65 *NJF* 2004, 282.

Zoals steeds bij het aanwenden van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, is terughoudendheid geboden. Zou men het instrument lichtvaardig aanwenden, dan gaat dat ten koste van de rechtszekerheid die een feitelijk criterium als “daadwerkelijk in staat zijn” beoogt te verschaffen.

Het toenemende belang van de vordering

Het kan zich voordoen dat de schade zich aanvankelijk voordoet als niet al te ernstig, maar in de loop der tijd steeds serieuzere vormen aanneemt. De termijn behoort pas aan te vangen als de schade zich als zodanig ernstig laat kennen dat redelijkerwijze juridische actie verlangd mag worden.

Stel: een werknemer ontwikkelt in de zomermaanden van 2000 RSI. Hij heeft daar behoorlijke last van, maar slaagt er in zijn gebruikelijke werk- en privé-activiteiten te blijven verrichten. In de loop der tijd heeft hij in wisselende mate last van de aandoening. Pas in de winter van 2001 neemt de RSI zodanig ernstige vormen aan dat werkelijk substantiële functie-uitval plaatsvindt. Wanneer begint de verjaringstermijn te lopen?

De Engelsen kennen voor dit probleem een concept dat wordt aangeduid met *the significance of the claim*. De bepaling waarin het is neergelegd werd hiervoor geciteerd.⁶⁶ Het wordt door de Law Commission in zijn Report als volgt toegelicht:

“The purpose of including knowledge of the significance of the claim in the definition of the date of knowledge is twofold. First, it delays the start of the limitation period to protect the claimant who has received an injury, or suffered damage or loss, which at first seems trivial when it later becomes clear that the injury, loss or damage is far more serious. Secondly, it reduces the pressure on a claimant who has received a trivial injury or loss to bring proceedings immediately, without waiting to see if the injury or loss gets worse, for fear of being time-barred. Without this assurance the amount of premature litigation could significantly increase.”⁶⁷

Het lijkt nauwelijks voor discussie dat in Nederland een vergelijkbaar concept moet gelden: zolang de schade onvoldoende ernstig is om het oordeel te rechtvaardigen dat van de crediteur redelijkerwijze juridische actie verlangd mag worden, moet de vijfjaarstermijn niet gaan lopen. Waar het omslagpunt ligt, is hogelijk casuïstisch.

21.2.3 Wanneer is een beroep op de subjectieve termijn in strijd met deredelijkheid en billijkheid?

Het huidige positieve recht weerspiegelt in hoge mate het normatieve uitgangspunt dat de subjectieve termijn pas begint te lopen als van de crediteur redelijkerwijze juridische actie verlangd mag worden. Daarmee is gegeven dat een beroep op de subjectieve termijn niet snel in strijd met de redelijkheid en billijkheid zal zijn. Toch laat strijd met de redelijkheid en billijkheid zich wel denken. Het kan zich voordoen als enerzijds aan de crediteur zijn stilzitten niet of nauwelijks kan worden verweten

⁶⁶ Zie § 17.2.1.

⁶⁷ Law Commission (2001), p. 44. Zie illustratief is ook de bespreking van het probleem in de nr. 12.33 – 12.43 van de Consultation Paper (Law Commission (1998)). In nr. 12.37 noemt de Law Commission een groot aantal Common Law-landen waar hetzelfde concept geldt.

en anderzijds de bewijs- en rechtszekerheidspositie van de debiteur door het tijdsverloop niet of nauwelijks geschaad is.

Hiervoor is uitgebreid betoogd dat de subjectieve termijn pas behoort aan te vangen als van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt. Ook is bepleit dat het positieve recht dat uitgangspunt thans heel behoorlijk weerspiegelt. Daarmee is gegeven dat een beroep op de subjectieve termijn niet snel in strijd met de redelijkheid en billijkheid is. Toch laat zich aanwending van art. 6:2 lid 2 BW wel denken.

Misschien biedt de volgende casus een voorbeeld.⁶⁸ Een negenjarig meisje wordt aangereden door een vrachtwagen. Een zenuwarts rapporteert dat dat heeft geresulteerd in een ernstige contusio cerebri met coma als gevolg, een secundaire zwakbegaafdheid met een duidelijke inperking van de copingmechanismen, niet alleen cognitief, maar ook op sociaal en persoonlijk vlak. De aansprakelijkheid van de (verzekerde) bestuurder staat vast, gegeven de 100%-regel voor kinderen onder de 14.

De moeder stelt de bestuurder zeven jaar na het ongeval aansprakelijk. Zij heeft daarmee zo lang gewacht, omdat aanvankelijk haar hoofd in het geheel niet naar het juridische stond. Zij had (alleen) de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van een zoon met het syndroom van Down. Na de operatie en de daaropvolgende revalidatie heeft de moeder zich volledig gestort op het herstel van haar dochter. Zij had toen, mede uit zelfbescherming, uitsluitend 'de blik voorwaarts'. Het aanhangig maken van een procedure kwam aanvankelijk niet bij haar op. Haar ongeïnformeerde inschatting was ook dat enige aanspraak toch wel niet zou bestaan, nu haar dochtertje zelf tegen de vrachtauto was aangereden. Een rol speelde bovendien dat zij feitelijk ook niet wist wie de aanrijding had veroorzaakt, hoewel een telefoontje naar haar voormalig partner of de politie haar dat wel had kunnen doen weten; die kenden die identiteit wél.

Is de vordering verjaard? Strik genomen wel. (i) Wij weten uit de seksueel misbruikzaken dat psychische overmacht een reden is om iemand niet "daadwerkelijk in staat" te achten zijn recht geldend te maken, maar daarvan lijkt hier geen sprake te zijn: een werkelijk psychisch onvermogen was er niet, het was eerder zo dat de vrouw al haar aandacht richtte op het herstel van haar dochter. (ii) Wij weten uit het belastingarrest dat gebrekkige kennis van het recht niet aan aanvang van de termijn in de weg staat. (iii) Weliswaar zou het meisje in het licht van de regel dat het gaat om subjectieve en niet om objectieve bekendheid kunnen bepleiten dat onbekendheid met de identiteit van de chauffeur aan de aanvang van de termijn in de weg stond, maar eerder in dit boek werd betoogd dat het criterium van subjectieve bekendheid niet wil zeggen dat, waar de onrechtmatigheid bekend is, van de crediteur geen enkel initiatief tot het achterhalen van de feiten verlangd mag worden.

Hoewel alle hiervoor aangehaalde regels wat mij betreft op zichzelf instemming verdienen, zou ik toch willen bepleiten dat de vordering hier niet verjaard moet worden geacht. In een casus als de onderhavige is naar mijn mening een beroep op de subjectieve termijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Waarom?

68 Het betreft in grote lijnen de casus van Rechtbank Breda, 8 augustus 2006, (HAZA 06-1154). Uiteraard past de kanttekening dat een zaak zich uit het vonnis alleen onvoldoende laat kennen om een gefundeerd oordeel over de gewenste uitkomst te hebben (ik laat mij bijvoorbeeld over het verzekerd zijn van de bestuurder stelliger uit dan zich op grond van de gepubliceerde uitspraak laat rechtvaardigen). Het ging mij om een voorbeeld van een casus waarin wat mij betreft een beroep op de subjectieve termijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid is; of dat in werkelijkheid ook deze casus zo is, laat ik in het midden.

Verjaring krachtens de subjectieve termijn is te rechtvaardigen omdat het de crediteur enerzijds (i) 'verweten kan worden' dat hij zijn vordering niet heeft ingesteld, terwijl anderzijds de debiteur door tijdsverloop nadeel ondervindt in die zin dat (ii) zijn bewijspositie en daarmee de mogelijkheid zich te verweren ondergraven raakt en (iii) zijn vermogenspositie niet meer op nakoming is ongericht. Alle drie die factoren zijn in deze zaak uitgesproken zwak.

Ad (i) Reeds in het algemeen biedt rechtsdwaling een wat wankeler rechtvaardiging voor verjaring dan het echte verwijt aan de crediteur dat hij van zijn vordering geen werk heeft gemaakt. In dit geval was bovendien het gebrek aan aandacht voor de juridische kant van de zaak heel goed te begrijpen; het verweer dat zij wel wat anders aan haar hoofd had snijdt, gegeven de gememoreerde omstandigheden, menselijkerwijze natuurlijk wel degelijk hout.

Essentieel is bovendien dat het hier gaat om het (niet) handelen van de moeder, ten aanzien van een belang van het kind. Dat het kind de rekening moet betalen voor het nalaten van de moeder, is juridisch-technisch snel geconcludeerd. Die abstracte stap kan niet verhullen dat het onmogelijk is het negenjarige meisje te verwijten dat zij 'odeloos op haar recht is blijven zitten'. Verwijtbaarheid is wel de kern van de rechtvaardiging van verjaring krachtens de subjectieve termijn.

Tot zoverre de positie van de crediteur. Nu die van de debiteur.

Ad (ii) Bepaald belangrijk en in debatten over verjaring vaak vergeten is dat de rechtvaardiging van verjaring direct ingrijpend verzwakt als vaststaat *dat* er een vordering *is*. Verjaring werd immers mede gerechtvaardigd doordat de (quasi-)debiteur zich na verloop van tijd niet goed meer kan verweren; mogelijk wordt daardoor een niet bestaande vordering toegewezen. Als het bestaan van die vordering in redelijkheid niet valt te betwisten, valt die rechtvaardiging eenvoudig weg. Zo lijkt het hier, met de feitelijke risicoaansprakelijkheid van motorvoertuigen jegens kinderen in het verkeer, ook te zijn.

Dat verklaart overigens tevens, terzijde, waarom men veelal zoveel moeite heeft om civielrechtelijke verjaring aan te nemen in seksueel misbruik zaken waarin reeds een strafrechtelijke veroordeling heeft plaatsgevonden: met inachtneming van een aanzienlijk zwaarder bewijscriterium dan het civielrechtelijke, is geoordeeld dat het misbruik heeft plaatsgevonden. Dat zo zijnde moet men wel van zeer goeden huize komen om vervolgens de civielrechtelijke vordering wegens louter tijdsverloop te ontzeggen. De verstoorde vermogensplanning is na het wegvallen van het bewijsargument de enig overblijvende rechtvaardigingsgrond voor verjaring, maar die maakt waar het om zedendelikten gaat weinig indruk.

Ad (iii) In die gevallen waarin de debiteur nog verzekerd is, gaat het argument van de verstoorde rechtszekerheid in ieder geval ten aanzien van hem niet op: hij hoeft immers niets te betalen. De verstoring van de vermogensplanning verschuift naar de verzekeraar. Gegeven de grote getallen waarmee die werkt is de incidentele oude vordering voor hem niet ontregelend: met een zeker mate van naijlen van oude zaken moest hij toch al rekening houden, nu het aanvangsmoment van de subjectieve termijn niet ligt op het moment van het ongeval, maar op het moment waarop de benadeelde de vereiste kennis krijgt. Dat kan jaren later zijn.

De drie genoemde factoren overziend lijkt het inderdaad in strijd met de redelijkheid en billijkheid om het meisje wegens louter tijdsverloop haar vordering te ontzeggen.

Meer in het algemeen zou mijn suggestie zijn casusposities waarin de vraag naar strijd met de redelijkheid en billijkheid aan de orde is, op de drie besproken punten te onderzoeken. Gegeven de terughoudendheid die de rechter bij toepassing van de beperkende

werking van de redelijkheid en billijkheid moet betrachten, lijkt mij dat alle drie de genoemde factoren uitgesproken contra-indicaties voor toepassing van de subjectieve termijn moeten opleveren, met uitzondering wellicht van de laatste. Waar de crediteur zijn stilzitten niet goed kan rechtvaardigen en/of waar de bewijspositie van de debiteur door tijdsverloop werkelijk bezwaard is, lijkt het buiten toepassing laten van de subjectieve termijn zelden of nooit aan de orde. Als de debiteur door tijdsverloop niet meer op nakoming gerekend heeft is dat op zichzelf ook een reden de subjectieve termijn gewoon toe te passen, maar als (i) de crediteur eigenlijk geen verwijt treft voor zijn late geldend maken en bovendien (ii) de mogelijkheden tot verweer van de debiteur door tijdsverloop niet wezenlijk zijn verslechterd, kan ik mij toch voorstellen dat er omstandigheden zijn waaronder (iii) de 'gekreukte rechtszekerheid' van de debiteur van onvoldoende gewicht is om het beroep op de subjectieve termijn te redden.

21.2.4 Regressituaties

21.2.4.1 De regresvordering krachtens subrogatie

De vorderingen tot schadevergoeding van de verzekerde op derden gaan bij wijze van subrogatie over op de verzekeraar voor zover die de schade vergoedt (art. 7:962 BW). Ook na subrogatie is sprake van een "rechtsoverdracht tot vergoeding van schade" als bedoeld in art. 3:310 BW. Aldus is op regresvorderingen krachtens subrogatie art. 3:310 BW van toepassing.

Subrogatie wil zeggen dat de vordering tot schadevergoeding krachtens bijzondere titel over gaat op de verzekerde. De vordering verandert door de subrogatie niet van karakter zodat zij onverminderd wordt beheerst door art. 3:310 BW.

Als de regresgerechtigde krachtens subrogatie de voor aanvang van de relatieve termijn vereiste kennis *later* krijgt dan de direct benadeelde, is het toch niet zo dat die regresgerechtigde zijn vordering tegen de aansprakelijke partij langer kan uitoefenen dan de direct benadeelde dat had kunnen doen. Art. 6:145 BW bepaalt namelijk dat de aangesprokene aan de regresgerechtigde dezelfde verweren kan tegenwerpen als aan de direct benadeelde. Als de regresgerechtigde de voor aanvang van de relatieve termijn vereiste kennis *eerder* krijgt dan de direct benadeelde, gaat de relatieve termijn lopen op het moment dat hij die kennis verkrijgt. Art. 6:145 BW noopt niet tot een andere conclusie.

Na de constatering dat de regresvordering krachtens subrogatie onder de werking van art. 3:310 BW valt, is de vervolgvraag wiens kennis in het kader van de relatieve verjaringstermijn doorslaggevend is; die van de direct benadeelde of die van de regresnemer. De direct benadeelde zal over het algemeen de vereiste kennis eerder hebben dan de regresgerechtigde. Als men in die situatie ter bepaling van het aanvangsmoment van de verjaringstermijn van de regresvordering het Saelman-criterium toepast, gaat de verjaringstermijn van de regresvordering dus later lopen dan de verjaringstermijn van de vordering van de direct benadeelde; de regresgerechtigde raakt later dan de direct benadeelde "daadwerkelijk in staat" zijn vordering in te stellen. Dat zou betekenen dat de aansprakelijke partij langer door de regresgerechtigde dan door de direct benadeelde kan worden aangesproken. Die consequentie

laat zich evenwel moeilijk rijmen met art. 6:145 BW, dat bepaalt dat de aangesprokene aan de regresgerechtigde dezelfde verweren kan tegenwerpen als aan de direct benadeelde.

De Hoge Raad heeft nog niet specifiek deze kwestie voorgelegd gekregen, maar door zijn motivering in het kader van beantwoording van een aanpalende vraag weten wij toch al wat hij vindt: de kennis van de direct benadeelde is doorslaggevend. In het betreffende arrest⁶⁹ was ook aan de orde wiens kennis in geval van een regresvordering bepalend is, maar dan met betrekking tot een ander type regresvordering, namelijk een zogeheten zelfstandig wettelijk verhaalsrecht.⁷⁰ De Hoge Raad overwoog:⁷¹ “Uit de toepasselijkheid van artikel 3:310 lid 1 BW [op het zelfstandige regresrecht] vloeit voort dat als uitgangspunt heeft te gelden dat de verjaring van de rechtsvordering van een ziekenfonds aanvangt met ingang van de dag volgende op die waarop het zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is geworden. Dit neemt evenwel niet weg dat het strookt met het in artikel 83b Zfw neergelegde civiele plafond aan te nemen dat een aansprakelijke persoon zich jegens het ziekenfonds erop kan beroepen dat het niet een rechtsvordering kan instellen die reeds zou zijn verjaard, zo deze niet door het ziekenfonds maar door de getroffen zelf zou zijn ingesteld. Dit wordt mede hierdoor gerechtvaardigd dat aldus geen moeilijk te verklaren verschil bestaat met de situatie waarin degene die de door de getroffen geleden schade heeft vergoed en op grond van artikel 284 WvK wordt gesubrogeerd in diens vordering op de aansprakelijke persoon, nu immers de verweermiddelen van deze ingevolge artikel 6:145 BW onverlet blijven. Te bedenken valt hierbij nog dat uit de wetsgeschiedenis van artikel 83b Zfw niet valt af te leiden dat een verschil is beoogd tussen deze bepaling en het voordien ook op het verhaalsrecht van een ziekenfonds toepasselijke artikel 284 WvK.”

Wij zien dat de Hoge Raad hier met betrekking tot het zelfstandig wettelijk verhaalsrecht in feite beslist dat de kennis van de direct benadeelde doorslaggevend is. Een argument om tot die beslissing te komen vindt de Hoge Raad in het feit dat anders een niet te rechtvaardigen verschil zou ontstaan met het hier ter discussie staande regresrecht krachtens subrogatie. Te dien aanzien oordeelt hij onder verwijzing naar art. 6:145 BW, enigszins vrij geformuleerd, dat ook daar de kennis van de direct benadeelde bepalend is voor het succes van de regresvordering. Zo kennen wij nu dus uit een arrest over het zelfstandig regresrecht ook de regel met betrekking tot het regresrecht krachtens subrogatie.⁷²

Voor de volledigheid verdient nog enige aandacht de situatie spiegelbeeldig aan de voorgaande, namelijk die waarin de regresgerechtigde de kennis om zijn recht geldend te maken al wel heeft, maar de direct benadeelde nog niet. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als de verzekeraar naar aanleiding van door de verzekerde verschaft informatie zelf onderzoek is gaan doen. Omdat de verzekeraar vanaf het moment dat hij zich de betreffende kennis heeft verworven daadwerkelijk in staat is zijn vordering geldend te maken, behoort op dat moment jegens hem de termijn te gaan lopen. Art. 6:145 BW noopt niet tot een andere conclusie; daar staat immers slechts dat de aangesprokene aan de regresgerechtigde de verweren kan tegenwerpen die hij ook aan de direct benadeelde had kunnen tegenwerpen. Er staat niet dat de aangesprokene aan de regresgerechtigde *uitsluitend* de verweren kan tegenwerpen die hij ook aan de direct benadeelde had kunnen tegenwerpen.

69 HR 1 april 2005, *RvdW* 2005, 50 (Sint Lucas Andreas/ZAO).

70 Zie over de verjaring van het zelfstandige wettelijke verhaalsrechten nader § 22.2.4.2.

71 R.o. 3.7.

72 Zie voor het academische debat voorafgaand aan het hier besproken arrest Smeehuijzen, *WPNR* 2005, p. 66 e.v., met verdere verwijzingen.

Overigens doet het feit dat de regresgerechtigde de vereiste kennis heeft, niet de termijn tegen de direct benadeelde aanvangen; er bestaat geen reden aan de direct benadeelde de kennis van de regresgerechtigde “toe te rekenen”.

21.2.4.2 De regresvordering krachtens zelfstandig wettelijk recht

Aangenomen mag worden dat art. 3:310 lid 1 BW ook van toepassing is op alle zelfstandige wettelijke verhaalsrechten.

De grondslag van regresvorderingen kan, naast subrogatie, ook gelegen zijn in een zelfstandig wettelijk verhaalsrecht. Voorbeelden van zelfstandige wettelijke verhaalsrechten zijn art. 6:107aBW, art. 99-100 WIA, art. 83b lid 1 Ziekenfondswet, art. 2 Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren, en de art. 15 en 27 Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen. In geval van subrogatie gaat de vordering krachtens bijzondere titel over; de regresnemer komt ten aanzien van de vordering als het ware in de juridische schoenen van de oorspronkelijk rechthebbende te staan. In geval van een zelfstandig wettelijk verhaalsrecht krijgt de regresnemer een eigen, zelfstandige vordering op het moment dat hij tot uitkering aan de benadeelde overgaat.

Omdat het gaat om *zelfstandige* verhaalsrechten, rijst de vraag of die rechten wel moeten worden beschouwd als rechtsvordering tot vergoeding van schade in de zin van art. 3:310 lid 1 BW. Die kwestie is lang omstreden geweest,⁷³ maar inmiddels lijkt met HR 31 mei 2002 (Bijlsma/ABP),⁷⁴ en het hiervoor al genoemde HR 1 april 2005 (Sint Lucas Andreas/ZAO)⁷⁵ de beslissing te zijn gevallen.⁷⁶ In die arresten oordeelde de Hoge Raad dat de zelfstandige verhaalsrechten als bedoeld in art. 2 Verhaalswet ongevallen ambtenaren en art. 83b Ziekenfondswet dienen te worden beschouwd als een vordering tot vergoeding van schade als bedoeld in art. 3:310 BW.

In Bijlsma/ABP oordeelt de Hoge Raad: “Het Hof heeft echter terecht geoordeeld dat de op artikel 2 VOA gebaseerde verhaalsvordering voor de beantwoording van de vraag, welke verjaringstermijn moet gelden, dient te worden gekwalificeerd als een vordering tot vergoeding van schade als bedoeld in artikel 3:310. Immers het verhaalsrecht van het verhalend lichaam mag ingevolge de bepaling van artikel 3 VOA niet ertoe leiden dat de laedens in een slechtere positie komt te verkeren dan waarin hij zou hebben verkeerd ingeval hij door de getroffene zelf tot schadevergoeding zou zijn aangesproken en zulks niet alleen geldt voor de hoogte van de vordering doch ook voor de beantwoording van de vraag aan welke verjaringstermijn de verhaalsvordering is onderworpen. Het Hof is derhalve uitgegaan van een juiste rechtsopvatting.” In Sint Lucas Andreas/ZAO hanteerde de Hoge Raad onder verwijzing naar Bijlsma/ABP min of meer gelijke bewoordingen.

Uit regresrechtelijk oogpunt is deze benadering bevredigend, omdat de leer van het civiel plafond geen geweld wordt aangedaan. De tegenwerping dat het onderhavige regresrecht strikt beschouwd geen vordering tot schadevergoeding is – want dat is het inderdaad niet; zie HR 26 september 2003⁷⁷ –, is niet overtuigend als men beseft dat de verzekeraar

⁷³ Zie Smeehuijzen, *WPNR* 2005, p. 66 e.v., met verwijzingen.

⁷⁴ *NJ* 2004, 161.

⁷⁵ *NJ* 2006, 377.

⁷⁶ HR 1 april 2005 (Sint Lucas Andreas/ZAO) werd door de Hoge Raad nog bevestigd in zijn arrest van 26 januari 2007, *NJ* 2007, 77.

⁷⁷ *NJ* 2003, 645.

in economische zin wel degelijk schade lijdt en de wetgever het begrip schade in art. 3:310 BW een brede betekenis heeft willen geven.

Vanuit meer fundamenteel verjaringsrechtelijk perspectief is nog als instemmende opmerking toe te voegen dat het ook *wenselijk* is dat de vordering onder de vijfjaarstermijn van art. 3:310 BW valt, omdat op de regresnemer krachtens een zelfstandig recht evenzeer als op een gewone crediteur de verplichting rust zijn vordering geldend te maken zodra hij daartoe daadwerkelijk in staat is (althans binnen vijf jaar na dat moment). Als hij dat niet doet, moet ook ten aanzien van hem het oordeel luiden dat hij zijn recht, in conceptuele zin, heeft verwerkt.

Er is geen goede reden te bedenken waarom hetgeen de Hoge Raad in Bijlsma/ABP en Sint Lucas Andreas/ZAO overwoog, niet tevens zou gelden voor andere zelfstandige wettelijke regresrechten. Zo werd Bijlsma/ABP al nagevolgd door de Rechtbank Rotterdam,⁷⁸ die besliste dat het zelfstandig verhaalsrecht van de WAM-verzekeraar krachtens art. 15 WAM ook onder art. 3:310 BW valt. Al voor Bijlsma/ABP kwam het Hof Den Bosch⁷⁹ tot hetzelfde oordeel ten aanzien van het zelfstandig verhaalsrecht van het Waarborgfonds krachtens art. 27 WAM.

Als de regresgerechtigde krachtens zelfstandig wettelijk recht de voor aanvang van de relatieve termijn vereiste kennis later krijgt dan de direct benadeelde, is het toch niet zo dat die regresgerechtigde zijn vordering tegen de aansprakelijke partij langer kan uitoefenen dan de direct benadeelde dat had kunnen doen. Het civiele plafond staat hieraan in de weg. Als de regresgerechtigde de voor aanvang van de relatieve termijn vereiste kennis eerder krijgt dan de direct benadeelde, gaat de relatieve termijn lopen op het moment dat hij die kennis verkrijgt. Het civiele plafond noopt niet tot een andere conclusie.

Net als bij regres krachtens subrogatie, is na de constatering dat de regresvordering onder de werking van art. 3:310 BW valt, de vervolgvraag wiens kennis in het kader van de relatieve verjaringstermijn doorslaggevend is; die van de direct benadeelde of die van de regresnemer. Het dilemma, net als overigens de door de Hoge Raad gekozen oplossing, is gelijklopend: als men, in de situatie waarin de benadeelde de vereiste kennis eerder heeft dan de regresgerechtigde, ter bepaling van het aanvangsmoment van de verjaringstermijn van de regresvordering het Saelman-criterium toepast, gaat de verjaringstermijn van de regresvordering later lopen dan de verjaringstermijn van de vordering van de direct benadeelde; de regresgerechtigde raakt immers later dan de direct benadeelde “daadwerkelijk in staat” zijn vordering in te stellen. Dat zou betekenen dat de aansprakelijke partij langer door de regresgerechtigde dan door de direct benadeelde kan worden aangesproken. Die consequentie laat zich evenwel moeilijk rijmen met het zogenaamde civiele plafond, dat inhoudt dat de aangesprokene niet in een slechtere positie mag komen te verkeren dan waarin hij zou hebben verkeerd indien hij door de benadeelde zelf zou zijn aangesproken (dat civiele plafond is in feite voor het zelfstandig verhaalsrecht wat art. 6:145 BW voor het regresrecht krachtens subrogatie is).

78 28 januari 2004, *NJF* 2004, 258.

79 22 maart 1999, *VR* 1999, 168.

Welk van deze twee noties prevaleert is lange tijd onbeslist geweest, maar aan die onduidelijkheid is met het voornoemde Sint Lucas Andreas/ZAO een einde gekomen.⁸⁰ Hiervoor⁸¹ werd de betreffende overweging volledig geciteerd; de kernpassage luidt dat het: “(...) strookt met het in artikel 83b Zfw neergelegde civiele plafond aan te nemen dat een aansprakelijke persoon zich jegens het ziekenfonds erop kan beroepen dat het niet een rechtsvordering kan instellen die reeds zou zijn verjaard, zo deze niet door het ziekenfonds maar door de getroffene zelf zou zijn ingesteld.” Met andere woorden: het moment waarop de direct benadeelde de voor de aanvang van de relatieve termijn vereiste kennis heeft, is doorslaggevend.

Ook hier verdient, net als bij regres krachtens subrogatie, voor de volledigheid aandacht de vraag wanneer de termijn jegens de regresnemer aanvangt in het geval die regresnemer de voor de aanvang van de relatieve termijn vereiste kennis *eerder* krijgt dan de direct benadeelde. Het antwoord luidt, net als bij subrogatie, dat dan de termijn begint te lopen op het moment dat de regresgerechtigde de vereiste kennis heeft, dus op een eerder moment dan de termijn voor de direct benadeelde gaat lopen, omdat het civiele plafond niet meer behelst dan dat de aangesprokene er als gevolg van het feit dat hij nu door de regresgerechtigde wordt aangesproken niet *slechter* op mag worden.⁸²

21.2.4.3 Verjaring in de verhouding tussen hoofdelijk schuldenaren

Een (waarschijnlijk weinig voorkomende) verjaringsrechtelijke vraag die zich in de verhouding tussen hoofdelijke schuldenaren kan voordoen wordt beantwoord in art. 6:11 lid 3 BW. Dat bepaalt dat een beroep op verjaring van de rechtsvordering door de schuldeiser de tot bijdragen aangesprokene slechts toekomt, indien op het tijdstip van het ontstaan van de verplichting tot bijdragen zowel hijzelf als degene die de bijdrage verlangt, jegens de schuldeiser de voltooiing van de verjaring had kunnen invoeren.

Uit deze bepaling blijkt dat de tot bijdragen aangesprokene het verjaringsberoep dat hij in de externe verhouding aan de crediteur had kunnen tegenwerpen maar zeer zelden met succes kan tegenwerpen aan degene die de bijdrage verlangt. Hij kan dat volgens art. 6:11 lid 3 BW immers alleen dan indien op het tijdstip van het ontstaan van de verplichting tot bijdragen niet alleen hijzelf, maar ook degene die de bijdrage verlangt dat had kunnen doen. Dat tijdstip van het ontstaan van de verplichting tot bijdragen is gelegen op het moment waarop de schuld werd voldaan (art. 6:11 lid 2 BW) of op het moment waarop de kosten werden gemaakt (art. 6:11 lid 3 BW).⁸³ Als ook degene die bijdrage verlangt zich op dat moment jegens de crediteur op verjaring had kunnen beroepen, dan zal hij dat in de regel toch ook wel gedaan hebben. Het externe verjaringsberoep komt de tot bijdragen

80 Zie voor het aan die beslissing voorafgaande debat in de literatuur Smeehuijzen, *WPNR* 2005, p. 66 e.v., met verdere verwijzingen. Daar vindt men ook nadere argumenten ter ondersteuning van de in Sint Lucas Andreas/ZAO genomen beslissing.

81 § 22.2.4.1.

82 Zie over het probleem dat dan de termijn al gaat lopen ten aanzien van een vordering die nog niet bestaat (het zelfstandig regresrecht ontstaat pas op het moment van uitkering) Smeehuijzen, *WPNR* 2005, p. 73 e.v.; de oplossing voor dat probleem ligt in de mogelijkheid krachtens art. 6:105 BW ook toekomstige schade te vorderen.

83 Zie Tekst en Commentaar BW, aantekening 2 bij art. 6:11 BW.

aangesprokene in de interne verhouding in feite dus alleen toe als degene die de bijdrage verlangt een verjaarde vordering heeft voldaan.⁸⁴

Een andere, voor de praktijk veel belangrijkere vraag wordt in art. 3:11 lid 3 BW niet beantwoord, te weten de vraag of de tot bijdragen aangesproken partij zich op enig moment jegens de betalende medeschuldenaar op verjaring kan beroepen *buiten* het geval waarin, kort gezegd, de rechtsvordering van de schuldeiser op beide hoofdelijke schuldenaren verjaard is. Het antwoord op die vraag luidt bevestigend: men mag aannemen dat de vordering van de betalende schuldenaar op zijn medeschuldenaar verjaringsrechtelijk wordt beheerst door de vijfjaarstermijn van art. 3:310 lid 1 BW.

Het regresrecht van art. 6:10 BW is zelfstandig ten opzichte van de hoofdvordering van de debiteur. Dat brengt onder andere mee dat de regresvordering een eigen verjaring kent. De vraag is vervolgens hoe de regresvordering verjaringsrechtelijk moet worden gekwalificeerd. Ten aanzien van twee andere typen regresvorderingen is inmiddels duidelijk dat zij onder de werking van art. 3:310 BW vallen. Uit HR 31 mei 2002 (Bijlsma/ABP) en HR 1 april 2005 (Sint Lucas Andreas/ZAO) volgt zulks ten aanzien van dat zelfstandige verhaalsrechten en in zijn arrest van 4 juni 2004⁸⁵ besliste de Hoge Raad in gelijke zin ten aanzien van de regresvordering van de borg.

De Hoge Raad overweegt in dat laatste arrest: “Zoals is uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 11, moet uit de parlementaire geschiedenis worden afgeleid dat het in artikel 3:310 BW gebruikte begrip “rechtsvordering tot vergoeding van schade” een ruime strekking heeft. De hier aan de orde zijnde regresvordering van de borg die betaald heeft, geeft deze laatste een eigen, zelfstandig recht jegens de hoofdschuldenaar en heeft de strekking te voorkomen dat de schuldenaar ten koste van de borg ongerechtvaardigd wordt verrijkt doordat de borg het door de schuldenaar verschuldigde aan de schuldeiser heeft voldaan. De borg heeft immers de schuld niet overgenomen, maar zich daarvoor slechts garant verklaard. Gelet op dit een en ander moet worden geoordeeld dat de uit artikel 1876 (oud) BW voortvloeiende regresvordering van de borg die betaald heeft, is te beschouwen als een rechtsvordering tot vergoeding van schade als bedoeld in artikel 3:310 BW.”

Er is geen reden ten aanzien van het regresrecht krachtens art. 6:10 BW anders te oordelen. In de eerste plaats doet de geciteerde redenering van de Hoge Raad, waarin te berde wordt gebracht dat (a) het begrip “rechtsvordering tot vergoeding van schade” in art. 3:310 BW een ruime strekking heeft en (b) de regresvordering trekken vertoont van een actie om ongerechtvaardigde verrijking te voorkomen, ook opgeld ten aanzien van de regresvordering ex. art. 6:10 BW. Ten tweede is het verjaringsrechtelijk wenselijk de regresvordering aan de relatieve termijn van art. 3:310 BW te onderwerpen (en dus niet aan de algemene twintigjaarstermijn van art. 3:306 BW) omdat niet valt in te zien waarom een regresgerechtigde, anders dan een “gewone” schuldeiser, zonder reden schier eindeloos met het nemen van juridische actie zou mogen wachten.⁸⁶

84 Zie in vergelijkbare zin en meer uitgebreid over art. 6:11 lid 3 BW Van Boom, diss., p. 210 en 211.

85 *RvdW* 2004, 80.

86 Anders Van Boom, diss. 1999 (dus nog voor de hier genoemde arresten), p. 98.

Met de constatering dat de regresvordering ex art. 6:10 BW onderworpen is aan art. 3:310 BW, rijst de vraag wanneer de relatieve termijn van art. 3:310 BW aanvangt. Het ligt in het kader van de rechtszekerheid voor de hand te zoeken naar een vast, algemeen geldig moment. Mogelijke kandidaten zijn het moment van betaling door de regreszoekende schuldenaar aan de schuldeiser en het moment waarop de betalende schuldenaar door de schuldeiser wordt aangesproken. Juist vanwege hun objectieve karakter falen die criteria evenwel: zij hebben geen oog voor waar het bij de relatieve termijn nu juist precies om gaat, namelijk het vermogen van de individuele regresnemer om tot juridische actie te komen.⁸⁷

Het zou voor de eenvoudige toepassing van het recht bevorderlijk zijn als men het aanvangsmoment van de regresvordering ex art. 6:10 BW in abstracto, dus zonder acht te slaan op de omstandigheden van het geval, zou kunnen formuleren. In de literatuur treft men ook inderdaad wel de veronderstelling dat dat zou kunnen. Zo schrijft De Winter in haar noot onder Rechtbank Den Haag 17 december 2003:⁸⁸ “Over het aanvangsmoment van de verjaringstermijn van regresvorderingen kan worden getwist. (...) Verschillende momenten zijn denkbaar, zoals het moment dat de regreszoekende wordt aangesproken of het moment dat hij voldoet. Voor beide momenten valt iets te zeggen.” Thans zal blijken waarom geen van die momenten in alle gevallen dienst kan doen.

Het meest voor de hand liggende “vaste” aanvangsmoment lijkt het moment waarop de regreszoekende schuldenaar tot betaling aan de schuldeiser is overgegaan. Dat moment is echter toch in lang niet alle gevallen geschikt. Het kan zowel (i) te laat, als (ii) te vroeg gelegen zijn. Dat laat zich illustreren aan de hand van de volgende twee casus.

(i) Te laat: twee schadeverzekeraars (A en B) zijn hoofdelijk aansprakelijk. De benadeelde spreekt A aan. A weet van meet af aan dat ook B hoofdelijk aansprakelijk is, maar laat B van de aanspraak van de benadeelde niets weten. A erkent de aansprakelijkheid maar betwist de hoogte van de schade. Er volgt een procedure die zes jaar duurt. A wordt tot betaling van een bedrag X veroordeeld. A wil na betaling van dat bedrag regres nemen op B.

Zouden wij het moment van betaling inderdaad doorslaggevend achten, dan zou de termijn zes jaar na de aansprakelijkheidserkenning aanvangen (veronderstellende dat A direct na het veroordelende vonnis betaalt), terwijl A zijn medeschuldenaar B al direct had kunnen waarschuwen. Dat is niet wenselijk. In termen van het Saelman-arrest: A was direct daadwerkelijk in staat jegens B tot juridische actie te komen. Een tweeregelig stuitingsbriefje had volstaan.

(ii) Te vroeg: X lijdt schade doordat (i) zijn arts A een medisch hulpmiddel foutief bij hem implanteert en (ii) het medisch hulpmiddel (fabrikant: B) op zichzelf niet aan de standaard voldoet. Beide oorzaken waren ieder *conditio sine qua non* voor zijn schade, zodat A en B jegens X hoofdelijk tot de vergoeding daarvan verbonden zijn (art. 6:102 lid 1 BW). X spreekt A aan. A betaalt. Pas 6 jaar later wordt het A via berichten in de vakliteratuur duidelijk dat het implantaat niet deugde. A wil alsnog regres nemen op B.

Zouden wij het moment van betaling doorslaggevend achten, dan zou de regresvordering verjaard zijn, nog voordat A jegens B daadwerkelijk tot enigerlei vorm van juridische actie

⁸⁷ Zie over deze ratio van de relatieve termijn § 12.3.

⁸⁸ *JOR* 23 maart 2004, afl. 3, nr. 86.

in staat was. Hij kan immers niet ageren zolang hij niet weet dat B een fout heeft gemaakt. Ook dat is in strijd met het Saelman-arrest. Het moment van betaling zou nu de termijn te vroeg doen starten.

Als alternatief voor het moment van betaling dient zich aan het moment waarop de betalende schuldenaar door de schuldeiser werd aangesproken. Bij gebruik van dat criterium zal zich een situatie als in de eerste casus, namelijk dat de verjaringstermijn *te laat* begint te lopen, niet snel voordoen; voor het moment van de aanspraak zal in de regel de regresnemer niet daadwerkelijk in staat zijn te ageren. Dat het de termijn *te vroeg* doet aanvangen zal echter des te eerder voorkomen. Nog eerder dan op het moment van betalen aan de schuldeiser immers, kan het zich op het moment van de aanspraak door de schuldeiser – dat ligt uiteraard over het algemeen voor het moment van betaling – voordoen dat de betalende medeschuldenaar nog geen weet heeft van zijn regresmogelijkheden.

Dat beide besproken criteria falen, komt doordat zij geen oog hebben voor waar het bij de relatieve termijn nu juist om gaat, namelijk het vermogen van de individuele regresnemer om tot juridische actie te komen. De conclusie luidt derhalve dat het aanvangsmoment van geval tot geval zal moeten worden vastgesteld.

Bij afwezigheid van een vast, algemeen geldig aanvangsmoment, zal het aanvangsmoment steeds van geval tot geval aan de hand van het Saelman-criterium moeten worden vastgesteld: de termijn vangt aan zodra de regreszoekende schuldenaar daadwerkelijk in staat is zijn regresvordering in te stellen. Omdat de woorden “daadwerkelijk in staat” niet steeds voldoende richtinggevend zullen zijn, moet men voor ogen houden dat het er ten gronde om gaat vanaf welk moment van de regresnemer redelijkerwijze juridische actie verwacht had mogen worden.⁸⁹

Nu het niet mogelijk is een vast, algemeen geldig aanvangsmoment te definiëren, moet het aanvangsmoment van geval tot geval worden vastgesteld. Alleen op die manier kan aan het subjectieve karakter van de relatieve verjaringstermijn recht worden gedaan.

Die vaststelling moet geschieden aan de hand van het Saelman-criterium: de verjaring van de regresvordering begint te lopen zodra de regresnemer daadwerkelijk in staat is zijn vordering in te stellen.

Er kunnen zich situaties voordoen waarin de bewoordingen “daadwerkelijk in staat” onvoldoende richtinggevend zijn om de vraag naar het aanvangsmoment te kunnen beantwoorden; zij moeten dan nader worden geïnterpreteerd. Die interpretatie moet geschieden vanuit de hiervoor uiteengezette ratio van de relatieve verjaringstermijn.⁹⁰ Vertaald naar de onderhavige regressituatie is die ratio als volgt.

De tot betaling aan te spreken medeschuldenaar heeft er belang bij dat de regresvordering tegen hem binnen bekwame tijd geldend wordt gemaakt, omdat tijdsverloop zijn positie in tweërlei opzicht aantast. In de eerste plaats raakt zijn bewijspositie verzwakt doordat bewijs teloor gaat en in de tweede plaats is zijn vermogenspositie niet meer op nakoming van de verbintenis ingesteld. Het is rechtvaardig die benadeling tegen te gaan door de regresgerechtigde schuldenaar zijn recht te ontnemen, *als* hem verweten kan worden dat hij zonder gegronde reden met het geldend maken van zijn vordering heeft gedraald.

89 Zie nader voor de stelling dat het er ten gronde om gaat vanaf welk moment van de benadeelde redelijkerwijze actie verwacht mag worden § 12.3.

90 Zie § 12.3.

Eenzijds is er dan het wezenlijke belang van de tot bijdragen aangesproken medeschuldenaar bij het tijdig instellen van de regresvordering en anderzijds is er het nauwelijks serieus te nemen belang van de regresgerechtigde schuldenaar bij een immer voortdurende bevoegdheid tot verwezenlijking van zijn regresrecht; hij kan zijn recht immers *nu* al verwezenlijken. Natuurlijk moet hier het 'belang' van de regresgerechtigde het afleggen. Hij heeft het verlies van zijn recht aan zijn eigen nalatigheid te danken.

Die verplichting tot het tijdig geldend maken van het regresrecht wordt in geval van hoofdelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de "gewone" aansprakelijkheid nog verscherpt doordat art. 6:8 BW de rechtsbetrekking tussen de hoofdelijke schuldenaren onderwerpt aan de redelijkheid en billijkheid. Er is dus een nog meer geprononceerde grondslag voor de verplichting tot tijdige actie door de regresnemer jegens zijn medeschuldenaar.

Hierna wordt getracht het voorgaande enigszins te operationaliseren door enige vragen die in de praktijk zouden kunnen rijzen te bespreken.

Het vroegst gelegen moment waarop de relatieve verjaringstermijn van de regresvordering kan gaan lopen, is het moment waarop de regresnemer door de schuldenaar wordt aangesproken: eerder dan dat moment zal hij in de regel niet daadwerkelijk in staat zijn jegens zijn medeschuldenaar tot juridische actie te komen. Dat hij daartoe vanaf dat moment daadwerkelijk in staat is, is evenwel goed denkbaar. Dat hij daartoe vanaf dat moment niet daadwerkelijk in staat is, is echter ook mogelijk. Als omstandigheid die, nadat de aangesproken medeschuldenaar is aangesproken, aan de aanvang van de termijn in de weg staat, is met name te noemen het feit dat de regresnemer niet weet dat er sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid en hij dus zijn regresrecht niet kent. Een andere omstandigheid, namelijk dat de aangesprokene de vordering van de schuldeiser betwist, lijkt over het algemeen niet aan de aanvang van de relatieve termijn in de weg te staan.

Voordat een hoofdelijk schuldenaar door de schuldeiser wordt aangesproken, is hij in de regel niet daadwerkelijk in staat zijn regresrecht uit te oefenen, zodat voor dat moment de relatieve niet aanvangt.

Vanaf het moment waarop de regresnemer door de schuldeiser is aangesproken, kan het heel goed zijn dat niets aan het daadwerkelijk geldend maken van zijn regresvordering in de weg staat. Het zal met name gaan om de vraag of hij de benodigde kennis heeft; als dat zo is, zal de relatieve termijn bijna steeds aanvangen. Mogelijke andere verhinderingen zullen zich in regressituaties zelden voordoen.

Zo beschouwd is dus de vaststelling van het aanvangsmoment niet zo ingewikkeld. In de praktijk kan evenwel problematisch blijken te zijn de vraag *wanneer* de regresgerechtigde dan de vereiste kennis heeft, net zoals die vraag ten aanzien van "gewone" schadevergoedingsvorderingen aanleiding heeft gegeven tot een veelheid aan jurisprudentie. Met name ten aanzien van de volgende twee feiten is discussie voorstelbaar: (i) de wetenschap van de regresnemer ten aanzien van het bestaan van de medeschuldenaar en (ii) de vermeende ongegrondheid van de hoofdvordering.

Wat (i) betreft: wij zagen in de voorbeelden uit de vorige alinea al, dat de regresvordering niet kan worden ingesteld zolang de regresnemer niet weet dat hij een medeschuldenaar heeft en hij dus ook niet weet dat hij een regresrecht heeft. Zo kon de aansprakelijke arts geen regres nemen op de producent van het gebrekkige medische hulpmiddel zolang hij de gebrekkigheid van dat product niet kende. In een dergelijke situatie, waarin het bestaan

van een medeschuldenaar in het geheel niet bekend was, lijkt het in het licht van het Saelman-criterium duidelijk dat de termijn niet behoort aan te vangen.

De beslissing wordt veel lastiger als de regresnemer wel zekere aanwijzingen heeft dat er een medeschuldenaar zou kunnen zijn, maar hij daarover (in het geheel) geen zekerheid heeft. Die situatie kan zich in de praktijk in allerlei varianten voordoen. Om een paar voorbeelden te noemen: (a) de aangesproken arts uit de evenbedoelde casus heeft direct de indruk dat er iets mis zou kunnen zijn met het door hem geïmplanteerde medische hulpmiddel, maar hij heeft niet de technische deskundigheid om dat rationeel te adstrueren (b) de veroorzaker van een verkeersongeval wordt aangesproken tot schadevergoeding. In de processtukken van de gelaedeerde wordt gerept van een derde ten aanzien van wiens gedraging de indruk wordt gewekt dat zij evenzeer *conditio sine qua non* voor het ongeval is geweest als de gedraging van de aangesproken partij. De precieze rol van die derde blijft echter vanwege de processuele agenda van de gelaedeerde onderbelicht. (c) een aansprakelijkheidsverzekeraar wordt aangesproken en vermoedt vanwege de aard van de aansprakelijkheid dat ook nog wel een andere verzekeraar aansprakelijk zal zijn, maar concrete informatie daarover heeft hij niet.

Het ligt voor de hand de beantwoording van deze vragen te zoeken in de eisen die aan het begrip bekendheid worden gesteld in het kader van de “gewone” schadevergoedingsvordering. Wij zagen hiervoor dat over dit punt uitgebreide rechtspraak bestaat.⁹¹ Daaruit is te leren dat, ten eerste, het niet gaat om objectieve, maar om subjectieve bekendheid, en ten tweede dat ten aanzien van de betreffende feiten geen absolute zekerheid hoeft te bestaan, maar slechts “voldoende mate van zekerheid”. Het ziet er evenwel niet naar uit dat die rechtspraak hier veel verder helpt.

Want dat het gaat om subjectieve bekendheid en niet om objectieve bekendheid is een behulpzame regel in die situaties waarin de crediteur iets niet wist wat hij als hij, erg kort gezegd, een weldenkend mens was geweest, wel had geweten. Hier gaat het echter niet om de situatie waarin de crediteur van niets weet, maar waarin hij ondanks enige wetenschap niet het naadje van de kous heeft gezocht.

Daarmee zijn wij teruggeworpen op de regel die zegt dat het niet gaat om absolute zekerheid, maar om een “voldoende mate van zekerheid”.⁹² De algemene regel “voldoende mate van zekerheid” is door de Hoge Raad ten aanzien van gezondheidsschade aldus geconcretiseerd dat het betreffende feit “door te dier zake deskundige artsen [moet zijn] gediagnosticeerd”.

In de drie hiervoor geschetste casusposities lijkt een vergelijkbare mate van zekerheid nog niet te zijn bereikt. Het gaat daar werkelijk nog om vermoedens; “zekerheid” is niet aan de orde, ook niet als men aan het begrip zekerheid geen absolute eis stelt.

Toch lijkt daarmee nog niet de conclusie gerechtvaardigd dat van regresnemers in vergelijkbare situaties nooit juridische actie verlangd zou mogen worden. Hiervoor⁹³ werd in het kader van de gewone schadevergoedingsvorderingen bepleit dat het zich laat denken dat de crediteur een “onderzoeksplicht” heeft. Hetzelfde is te verdedigen ten aanzien van de regresnemer – zeker nu de wet hem zo expliciet de verplichting oplegt zich jegens zijn medeschuldenaar redelijk en billijk te gedragen. Er zijn omstandigheden denkbaar waaronder de regresnemer er jegens zijn medeschuldenaar toe gehouden is, gelet op diens belangen

91 Zie § 22.2.2.

92 HR 24 januari 2003 (BASF), *NJ* 2003, 300, zie nader § 22.2.2.5.

93 Zie § 22.2.2.5.

bij het tijdige instellen van de regresvordering (bewijspositie en rechtszekerheid), de gegrondheid van de vordering te onderzoeken. Als factoren die men bij beantwoording van de vraag of een dergelijke onderzoeksplicht bestaat, in ogenschouw kan nemen zijn te noemen (i) de mate van waarschijnlijkheid van het bestaan van een regresvordering op basis van de aan de regresnemer ter beschikking staande feiten (ii) de bezwaarlijkheid van het doen van onderzoek gelet op kosten, moeite en te verwachten resultaat (sommige feiten laten zich moeilijk onderzoeken).

Omdat aldus bij bepaling van het aanvangsmoment van de relatieve termijn de omstandigheden van het geval bepalend zijn, is het bij gebreke van nadere gegevens niet goed mogelijk uitspaken te doen over het resultaat waartoe deze criteria in de drie hiervoor geschatte casusposities zouden voeren. Hoogstens kan men heel voorzichtig opmerken dat: wat betreft (a) het aannemen van een onderzoeksplicht van de arts niet snel voor de hand ligt omdat de vertaling van een intuïtie naar een rationeel geschraagde “voldoende mate van zekerheid” over de ondeugdelijkheid van een industrieel vervaardigd, en dus per definitie al in zekere mate getest product, voor de individuele arts uitermate lastig zal zijn; en wat betreft (c) het feit dat het ten aanzien van sommige schadeposten niet ongebruikelijk is dat er ook onder een andere verzekering dekking bestaat en het bovendien voor de aangesproken verzekeraar nauwelijks moeite vergt hieromtrent duidelijkheid te verkrijgen, een onderzoeksplicht zich wel laat denken. Geval (b) is te onbepaald om iets over te zeggen.

Tot zover de vraag of de onbekendheid met het bestaan van een regresvordering aan de aanvang van de relatieve termijn in de weg kan staan. Naast de onbekendheid met dat feit is er nog een andere omstandigheid die de regresnemer tot de stelling zou kunnen brengen dat zij de aanvang van de relatieve termijn opschort. Dat is onzekerheid omtrent de *gegrondheid* van de “hoofdvordering”: een hoofdelijk schuldenaar wordt aangesproken, hij weet dat als die aanspraak gegrond zou zijn hij regres zou kunnen nemen op een medeschuldenaar, maar hij betwist het bestaan van de vordering van de schuldeiser. Stel bijvoorbeeld dat hij met die schuldeiser vijf jaar over de vordering procedeert. Vangt de termijn jegens de medeschuldenaar aan op het moment van de aanspraak door de schuldeiser of op het moment van het onherroepelijke, veroordelende vonnis?

Vooropgesteld dient te worden dat deze vraag pas relevant is als de vordering uiteindelijk gegrond blijkt te zijn: als de vordering ongegrond is, hoeft er niets betaald te worden en is er dus ook geen regresvordering. Aldus wetende dat het om een serieuze aanspraak gaat, lijkt moeilijk verdedigbaar dat de regreszoeker na te zijn aangesproken straffeloos de afloop van een mogelijke procedure zou kunnen afwachten. Reeds direct op het moment van de aanspraak is er het voor hem kenbare belang van zijn medeschuldenaar bij zijn tijdige juridische actie en dus moet hij die actie ook nemen. Het verdient in dit verband opmerking dat hij met een enkel stuitingsbriefje kan volstaan.⁹⁴

94 Zie over stuiting nader hoofdstuk 24.

21.3 De twintig- en dertigjaarstermijn

21.3.1 Inleiding

Volgens art 3:310 lid 1 verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (de absolute verjaringstermijn). Voor schade die het gevolg is van verontreiniging van lucht, water of bodem, of van, kort gezegd, gevaarlijke stoffen (art. 6:175 BW) is de termijn dertig jaar (zie art. 3:310 lid 2 BW). De bestaansreden van de absolute termijn is dat als de wetgever had volstaan met de relatieve termijn van vijf jaar, het mogelijk was geweest dat een vordering nooit verjaarde. Het kan immers heel goed zijn dat de benadeelde nooit of pas na zeer lange tijd de kennis krijgt die de relatieve termijn doet aanvangen. Een wezenskenmerk van de absolute termijn is dat de rechtsvordering verjaart, nog voordat de benadeelde haar heeft kunnen instellen.

Immers, in geval van verjaring krachtens de absolute termijn is de benadeelde ofwel onbekend met zijn schade, ofwel onbekend met de aansprakelijke persoon, ofwel onbekend met beide; zou dat anders zijn, dan was de subjectieve verjaringstermijn gaan lopen. Die onbekendheid maakt het hem onmogelijk zijn vordering in te stellen: men kan nu eenmaal geen vordering instellen voordat men bekend is met én zijn schade én de aansprakelijke persoon (de enige uitzondering doet zich voor als de relatieve termijn zou gaan lopen, korter dan vijf jaar voordat de lange termijn afloopt; in dat uitzonderlijke geval verjaart de vordering wél krachtens de lange termijn terwijl de benadeelde in staat was zijn vordering geldend te maken).⁹⁵

Dat de absolute termijn vorderingen doet verjaren die de benadeelde niet heeft kunnen instellen, doet de vraag naar zijn rechtvaardiging rijzen.

Traditioneel wordt in dit verband “de rechtszekerheid” genoemd. De rechtszekerheid wordt dan meestal opgevat als algemeen belang, maar welbeschouwd heeft zij begrepen als individueel belang een veel groter gewicht. Voorts lijkt een ander perspectief minstens zo belangrijk te zijn, namelijk het feit dat na twintig of dertig jaar in het merendeel der gevallen eenvoudig niet meer te achterhalen zal zijn of de vordering gegrond is, zodat reeds om die reden een juridisch debat niet meer gevoerd moet worden. Bovendien komt in zaken waarin geen sprake is van “sluipende schade” of voortdurende schade, belangrijke betekenis toe aan de eenvoudige gedachte dat de tijd alle wonden heelt. Deze opvatting werd eerder in dit boek onderbouwd.⁹⁶

95 Bij lezing van literatuur over de absolute termijn krijgt men de indruk dat die implicatie onvoldoende onder ogen wordt gezien. Zie hierover nader § 13.1.

96 Zie § 9.3.2.

21.3.2 Uitzondering op de objectieve termijn: de Wet verjaring personenschade

De wet tot “Wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Wetboek voor gevallen van verborgen schade door letsel of overlijden”⁹⁷ onttrekt gevallen van personenschade aan de werking van de absolute termijn. Hij behelst de toevoeging van een lid 5 aan art. 3:310 BW, luidende: “In afwijking van de leden 1 en 2 verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door letsel of overlijden slechts door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Indien de benadeelde minderjarig was op de dag waarop de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon bekend zijn geworden, verjaart de rechtsvordering slechts door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde meerderjarig is geworden.”

De laatste volzin van lid 5 betreffende de minderjarige benadeelde is opgenomen ingevolge een amendement.⁹⁸

De Wet verjaring personenschade heeft in de literatuur kritiek ontmoet.⁹⁹

Wat betreft zijn onderwerp is de Wet verjaring personenschade van groot belang. Toch komt hem de komende twee decennia in de verjaringspraktijk nauwelijks enige betekenis toe. Dat is het gevolg van zijn ‘uitgestelde inwerkingtreding’; De ‘materiële inwerkingtreding’ vindt eerst plaats op 1 februari 2024 (voor de absolute termijn van lid 1) en op 1 februari 2034 (voor de absolute termijn van lid 2).

De datum van inwerkingtreding van de wet is formeel 1 februari 2004.¹⁰⁰ De overgangs-regeling luidt evenwel: “Artikel 310 lid 5 van het Burgerlijk Wetboek is niet van toepassing indien de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt voor inwerkingtreding van die bepaling heeft plaatsgevonden.”

Onttrokken aan de objectieve verjaringstermijn wordt dus slechts schade die is veroorzaakt door een gebeurtenis die plaatsvond *na* inwerkingtreding van de Wet verjaring personenschade. Doordat werking van de absolute termijn pas aan de orde is, twintig jaar (of dertig jaar, als het een situatie als bedoeld in lid 2 betreft) na het litigieuze evenement, sorteert de wet derhalve ook pas na ommekomst van die termijn effect. De “materiële inwerkingtreding” vindt derhalve eerst plaats op 1 februari 2024 (voor de absolute termijn van lid 1) en op 1 februari 2034 (voor de absolute termijn van lid 2).¹⁰¹

⁹⁷ Wet van 27 november 2003, nr. 26 824.

⁹⁸ Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 26 824, nr. 8.

⁹⁹ Zie Smeehuijzen, *AV&S* 2003 met verdere verwijzingen.

¹⁰⁰ Staatsblad 2003, 495.

¹⁰¹ Dat is nogal opmerkelijk, gegeven het feit dat de reden voor het uitzonderen van de personenschade gelegen was in de penibele verjaringsrechtelijke positie van de slachtoffers. De grote aantalen industriële asbestblootstellingen deden zich voor in de jaren vijftig en zestig en zijn dus van toepassing uitgezonderd. Zie uitgebreid kritisch hierover Smeehuijzen, *AV&S* 2003, p. 165 e.v.

Het gevolg van de Wet verjaring personenschade is, dat personenschade aan de werking van de absolute termijn wordt onttrokken. Daardoor wordt het mogelijk dat die vorderingen nooit, of pas op onafzienbare termijn verjaren. Als dan de vordering alsnog wordt ingesteld, kan dat voor de aangesprokene uitermate bezwarend zijn.

Te denken valt aan het geval waarin de rechtsopvolger van de oorspronkelijk aansprakelijke persoon wordt aangesproken terwijl hij niets met de litigieuze gebeurtenis te maken heeft. In die categorie valt ook de opvolgende eigenaar van een schadeveroorzakende onderneming. Voorts kan het zeer wel zijn dat de schade niet meer door verzekering is gedekt. Ook, en misschien wel met name, laat het zich denken dat de feiten zozeer door tijdsverloop zijn vertroebeld dat de aangesprokene zich nauwelijks nog kan verweren.

Over het probleem van de nooit of pas na onafzienbare tijd verjarende vorderingen, hebben drie deskundigen zich op verzoek van de Minister in een advies uitgelaten. Zij concluderen dat art. 6:2 lid 2 BW (beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid) voldoende ruimte laat om de onaanvaardbare gevolgen van het nieuwe art. 3:310 lid 5 BW op te vangen.

Zie A.J. Akkermans, J.H. Nieuwenhuis en W. Snijders, "Advies in zake matiging op grond van artikel 6:109 BW of afwijzing op grond artikel 6:2 BW van een vordering wegens schade door letsel of overlijden naar aanleiding van de Wet van 27 november 2003, Stb. 2003, 495 betreffende wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring."¹⁰²

Het advies is het resultaat van de toezegging van de Minister aan de Eerste Kamer aan een of meer deskundigen te vragen te onderzoeken of, in de gevallen als hierboven genoemd, art. 6:109 BW matiging tot nihil toelaat en of art. 6:2 lid 2 BW de mogelijkheid geeft de gehele aansprakelijkheid af te wijzen.

De deskundigen bespreken in hun advies eerst de mogelijkheid de vordering geheel af te wijzen op grond van art. 6:2 lid 2 BW. Zij wijzen erop dat aan de hand van deze algemene maatstaf in de rechtspraak nadere regels zijn ontwikkeld, zoals die betreffende de figuur van rechtsverwerking. Na de analogie met de rechtsverwerking onder verwijzing naar jurisprudentie nader te hebben geadstrueerd, schrijven zij: "Gezegd kan (...) worden dat het in de lijn van deze rechtspraak ligt dat vorderingen tot schadevergoeding wegens letsel of overlijden kunnen worden afgewezen op grond van artikel 6:2 lid 2, wanneer zij als gevolg van het tijdsverloop niet meer kunnen worden gericht tot de aansprakelijke persoon zelf, maar slechts tot diens rechtsopvolger, die aan het ontstaan van de schade part nog deel heeft gehad en die mede in verband daarmee in een aanmerkelijk moeilijker positie dan die van de oorspronkelijk aansprakelijke persoon is komen te verkeren, waarbij zowel bewijs als verzekeringsdekking van belang zijn. Dit geldt naar onze mening ook, indien het tijdsverloop is ontstaan, doordat het slachtoffer vooralsnog niet met alle relevante feiten bekend was, of de schade pas lange tijd na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, is ontstaan, zoals in de asbestzaken. Uit de hiervoor geciteerde omschrijving in de rechtspraak van de "bijzondere omstandigheden" volgt immers dat ook tijdsverloop in combinatie met enkel een daardoor ontstane aanmerkelijke benadeling of verzwaring van de positie van de schuldenaar voor het aanvaarden van het verweer voldoende kan zijn."

102 Bijlage bij brief van de Minister aan de Eerste Kamer, 30 augustus 2004, nr. 26 824.

Na deze inleidende woorden over de rechtsverwerking, formuleren de deskundigen hun oplossing meer in concreto. Zij suggereren de spiegelbeeldige toepassing van de gezichtspunten die de Hoge Raad in Van Hese/De Schelde¹⁰³ heeft ontwikkeld:

“De Hoge Raad somt in het eerste van deze twee arresten [bedoeld is Van Hese/De Schelde – JLS] een aantal relevante omstandigheden op, waaronder (a) de vraag of de gevorderde schadevergoeding toekomt aan het slachtoffer zelf of zijn nabestaanden dan wel aan een derde, (b) in hoeverre het slachtoffer of zijn nabestaanden een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde hebben, (c) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren, (d) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt. Het komt erop neer dat in deze rechtspraak aan de hand van artikel 6:2 lid 2 een vangnet wordt ontwikkeld voor onaanvaardbare gevolgen van de absolute verjaringstermijn van artikel 310 leden 1 en 2. Het ligt voor de hand dat de rechtspraak evenzeer aan artikel 6:2; lid 2 de vrijheid kan ontnemen een vangnet te ontwikkelen voor de onaanvaardbare gevolgen van de *afschaffing* van de absolute verjaringstermijnen in het nieuwe artikel 3:310 lid 5 voor het geval van letsel of overlijden. Ook ligt voor de hand dat daarbij vergelijkbare omstandigheden relevant zullen zijn, met name omstandigheden als hiervoor zijn vermeld. Zo zal de omstandigheid onder (a) ertoe kunnen leiden dat een gesubrogeerde verzekeraar of een verhaal zoekend orgaan van sociale verzekering zijn vordering ziet stranden, waar een vordering van het onverzekerde slachtoffer zelf wellicht nog toewijsbaar zou zijn. Ook kan een sterk argument voor het passeren van een beroep op artikel 6:2 lid 2 gelegen zijn in de onder (d) vermelde omstandigheid dat de aansprakelijkheid van de aangesprokene door verzekering is gedekt, terwijl de onder (b) vermelde omstandigheid dat het slachtoffer of zijn nabestaanden recht hebben op een uitkering uit anderen hoofde, weer een argument in tegenovergestelde zin kan opleveren. Dat ook de omstandigheid onder (c) van belang kan zijn behoeft na het voorgaande geen betoog.”

Over de vraag of de rechter krachtens art. 6:109 BW de schadevergoedingsvordering kan matigen tot nihil, schrijven de deskundigen na hierover enkele gedachten te hebben geuit: “Het voorgaande laat zich aldus samenvatten dat artikel 6:109 wel de gevolgen van de nieuwe verjaringsregeling kan verzachten, eventueel door, zo de omstandigheden dit rechtvaardigen, de verplichting tot schadevergoeding op een symbolisch bedrag of op nihil te stellen, maar dat dit laatste weinig voor de hand ligt, nu artikel 6:2 lid 2 al voldoende mogelijkheden tot afwijzing van de vordering biedt.”

De slotsom van het advies luidt derhalve dat art. 6:2 lid 2 BW voldoende ruimte laat om de onaanvaardbare gevolgen van het nieuwe art. 3:310 lid 5 BW op te vangen, en dat toepassing van art. 6:109 BW weliswaar mogelijk is, maar in feite niet nodig.

In de kern verdient wat mij betreft dit advies instemming. Inderdaad kan men de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid aanwenden om ook vorderingen tot vergoeding van personenschade aan een tijdsgrens te onderwerpen. Ook lijkt mij dat bij beantwoording van die vraag de gezichtspunten uit Van Hese/De Schelde een rol kunnen spelen. Twee opmerkingen evenwel:

De marginale toets die art. 6:2 lid BW impliceert komt niet erg sterk tot uitdrukking. Zinnen als: “Ook kan een sterk argument voor het passeren van een beroep op artikel 6:2 lid 2 gelegen zijn in de onder (d) vermelde omstandigheid dat de aansprakelijkheid van

103 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 m.nt. ARB; zie nader § 22.3.3.

de aangesprokene door verzekering is gedekt, terwijl de onder (b) vermelde omstandigheid dat het slachtoffer of zijn nabestaanden recht hebben op een uitkering uit anderen hoofde, weer een argument in tegenovergestelde zin kan opleveren” suggereren enigszins dat de rechter voor een werkelijk open keuze staat, terwijl dat niet zo is; de vraag is niet of het beroep op schadevergoeding redelijk is of niet, maar of het *kennelijk* onredelijk is. Wat het verschil is behoeft geen betoog.

Ten tweede zou ik graag gezien hebben dat het advies onderscheid maakt tussen de situatie waarin het debat door het ondersneeuwen van de bewijsmiddelen eigenlijk niet meer mogelijk is, en de situatie waarin het debat nog wél gevoerd kan worden. Als het debat niet meer gevoerd kan worden, als, met andere woorden, de debiteur zich niet meer behoorlijk ken verweren, dan moet de vordering via de band van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid direct worden afgewezen. Luidt het oordeel dat het debat nog wel mogelijk is en inderdaad de verschuldigheid van de schadevergoeding nog met aanvaardbare mate van zekerheid kan worden vastgesteld, dan behoort toewijzing te volgen, tenzij de overige gezichtspunten een werkelijk klemmende redenen (‘onaanvaardbaar’) tot afwijzing opleveren. Ik zou in dat verband met name van belang vinden in hoeverre de schade nog ‘actueel is’.¹⁰⁴

21.3.3 Doorbaak van de absolute termijn op grond van de redelijkheid en billijkheid

21.3.3.1 De gezichtspuntencatalogus uit *Van Hese/De Schelde*

De regeling van de absolute termijn doet naar zijn bewoordingen beschouwd (“in ieder geval”) het verjaringszwaard na 20 (of 30) jaar onherroepelijk neerdalen. In de asbestzaken bleek die regel de benadeelde zozeer te duperen, dat de Hoge Raad toch een uitzondering heeft aanvaard. Hij formuleerde een gezichtspuntencatalogus op basis waarvan de rechter een beroep op absolute termijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan oordelen.

De Hoge Raad deed dat in zijn bekende arrest *Van Hese/De Schelde*.¹⁰⁵ Van Hese is van 16 maart 1959 tot en met 7 juni 1963 in dienst geweest bij Koninklijke Schelde Groep B.V. Als de toepasselijke verjaringstermijn van dertig jaar al verstreken is, in 1996, wordt bij Van Hese de asbestziekte mesothelioom vastgesteld. Dat is een vorm van kanker die maar één oorzaak kan hebben, te weten het inademen van asbeststof. Die inademing heeft plaatsgevonden tijdens de werkzaamheden van Van Hese bij Koninklijke Schelde. Op 29 oktober 1996 stelt Van Hese Koninklijke Schelde aansprakelijk op grond van art. 7A:1638 x (oud) BW. Van Hese zelf overlijdt in november 1996; de procedure wordt gevoerd door zijn erfgenamen.

Het dilemma dat zich in deze zaak aandient is duidelijk: als de Hoge Raad zou vasthouden aan de absolute termijn, zou Van Hese zijn vordering verliezen nog voordat die ook maar was ontstaan. Zou anderzijds de Hoge Raad een uitzondering aanvaarden, dan zou hij de 30-jaarstermijn (en daarmee ook de twintigjaarstermijn) van zijn door de wetgever beoogde absolute karakter ontdoen. De Hoge Raad overweegt¹⁰⁶ in het voetspoor van

¹⁰⁴ Zie over de betekenis van het woord ‘actueel’ in dit verband § 9.3.4.

¹⁰⁵ HR 28 april 2000, *NJ* 2000, nr. 430 m.nt. ARB onder HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 431.

¹⁰⁶ R.o. 3.3.1.

A-G Spier: “Laatstbedoelde termijn [de absolute termijn – JLS] heeft een objectief en in beginsel absoluut karakter, dat wil zeggen dat, hoezeer dit ook moeilijk is te aanvaarden uit een oogpunt van individuele gerechtigheid ten opzichte van degene die schade heeft geleden, het beginsel van rechtszekerheid dat deze absolute termijn beoogt te dienen en de billijkheid jegens de wederpartij – waarbij in het bijzonder valt te denken aan de moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten – meebrengen dat hieraan strikt de hand moet worden gehouden (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15801, *NJ* 1998, 380). Dit wil evenwel niet zeggen dat deze termijn nooit op grond van artikel 6:2 lid 2 buiten toepassing zou kunnen blijven. Gelet op de belangen die deze regel beoogt te dienen, waaronder in het bijzonder het belang van de rechtszekerheid, zal echter van onaanvaardbaarheid als in die bepaling bedoeld slechts in uitzonderlijke gevallen sprake kunnen zijn. Een zodanig uitzonderlijk geval kan zich voordoen wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken – hier: de blootstelling aan asbest – inderdaad tot schade – hier: de ziekte mesotheliom – zal leiden, die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en de schade in die zin naar haar aard verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken.”

Bij de algemene overweging dat de absolute verjaringstermijn op grond van de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing kan blijven, laat de Hoge Raad het niet. Hij preciseert tevens wanneer dat dan het geval zou kunnen zijn:¹⁰⁷ “Of in gevallen als het onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld. Als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, vallen te noemen:

- (a) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;
- (b) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;
- (c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;
- (d) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;
- (e) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;
- (f) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;
- (g) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.”

Zie de conclusie van A-G Spier bij dit arrest voor achtergronden en rechtspolitieke overwegingen.

107 R.o. 3.3.3.

In het eveneens op 28 april gewezen asbest-arrest Rouwhof/Eternit¹⁰⁸ achtte de Hoge Raad toepassing van de absolute termijn niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid,¹⁰⁹ “omdat zich hier niet de situatie voordoet dat de rechtsvordering reeds was verjaard voordat de vordering kon worden ingesteld, en derhalve niet sprake is van een uitzonderlijk geval waarin overeenkomstig het in voornoemd arrest [Van Hese/De Schelde – JLS] overwogene grond bestaat de verjaringstermijn van dertig jaar op grond van artikel 6:2 lid 2 buiten toepassing te laten.”

21.3.3.2 Toepassing van de gezichtspuntencatalogus door feitenrechters

De door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogus wordt in de volgende min of meer willekeurig gekozen uitspraken in eerste feitelijke instanties als volgt gehanteerd.¹¹⁰

President Rechtbank Rotterdam 2003:¹¹¹

“11. Omtrent deze gezichtspunten wordt het volgende overwogen:

- a) In het onderhavige geval heeft de vordering betrekking op vergoeding van immateriële en materiële schade en komt deze ten gunste van eiser;
- b) Eiser heeft op grond van de Regeling TAS een tegemoetkoming ontvangen van € 15 882. Tussen partijen is niet in geschil dat deze tegemoetkoming terugbetaald dient te worden indien Verolme alsnog tot uitkering overgaat. Voorts is het uitgekeerde bedrag aanzienlijk lager dan het thans geldend normbedrag (€45 902) zoals gehanteerd door het IAS ter vergoeding van geleden immateriële schade;
- c) Op grond van hetgeen onder 7 en 8 is overwogen kan de blootstelling van eiser aan asbest tijdens zijn werkzaamheden als ijzerwerker voor Verolme in ernstige mate worden verweten;
- d) Uit hetgeen [hiervoor] is overwogen volgt dat Verolme ook vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening diende te houden met de mogelijkheid dat zij voor de schade aansprakelijk zou zijn. Hierbij dient mede in aanmerking te worden genomen dat – gelet op de toelichting op het asbestbesluit van 1977 – het verband tussen asbest en mesothelioom sedert jaren bekend was en dat het in 1991 reeds lang in de rechtspraak was aanvaard dat bij niet-inachtneming van een veiligheidsvoorschrift de overtreder aansprakelijk is voor de schade, ook al wordt deze gerealiseerd op een wijze die niet voorzienbaar was. In hoeverre Verolme met de mogelijkheid van aansprakelijkheid rekening heeft gehouden is gesteld noch gebleken;
- e) De stelling van Verolme dat zij door het verstrijken van de tijd en het teloor gaan van administratie door overstromingen, de brand en overname(s) in die tijd thans in redelijkheid geen mogelijkheid meer heeft zich te verweren, overtuigt niet. In dit kort geding is gebleken van één overname en wel in 1980 door Van de Giessen-de Noord NV, de huidige bestuurder van Verolme. Aangezien het verband tussen asbest en mesothelioom toen reeds bekend was en eiser op dat moment nog bij Verolme in dienst was, dient het verloren gaan van

¹⁰⁸ NJ 2000, 431 m.nt. ARB.

¹⁰⁹ R.o. 3.4.2.

¹¹⁰ Andere, hier niet besproken verjaringsrechtelijke asbestuitspraken zijn Hof Den Haag 25 juli 2003, NJF 2004, 28; Hof Den Haag 24 juli 2002, PRG 2002, 5967; Hof Den Bosch 21 augustus 2001, KG 2001, 274 en Rechtbank Dordrecht 17 juli 2003, KG 2003, 173.

¹¹¹ 17 juli 2003, KG 2003, 173.

enige relevante informatie als gevolg van die overname voor rekening en risico van Verolme te blijven. Voorts heeft Verolme met betrekking tot het teloor gaan van de administratie zich louter tot mededelingen beperkt. Niet is gesteld of gebleken dat Verolme zich voldoende heeft ingespannen om de verloren gegane administratie te reconstrueren, terwijl voorts in redelijkheid van Verolme mag worden verwacht dat zij andere bronnen dan haar (personeels-)administratie raadpleegt en benut om de gegevens van eiser te verifiëren;

f) Aangezien Verolme stelt dat zij niet meer kan achterhalen of de vordering van eiser door een verzekering wordt gedekt, dient er voorshands vanuit te worden gegaan dat zij geen beroep op een verzekering kan doen;

g) Tussen partijen is niet in geschil dat eiser bij de brief van 5 februari 2002 Verolme binnen een redelijke termijn aansprakelijk heeft gesteld. Tussen die aansprakelijkstelling en het instellen van de onderhavige vordering zijn 16 maanden verstreken. Uit de correspondentie in die periode blijkt dat dit tijdsverloop voor een belangrijk deel aan Verolme zelf te wijten is. Dit tijdsverloop vormt dan ook geen aanleiding om te concluderen dat eiser zijn vordering niet binnen een redelijke termijn heeft ingesteld.”

De president oordeelt het beroep op verjaring in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

President Rechtbank Almelo 2003:¹¹²

“5. (...) De ziekte mesothelioom heeft zich bij eiseres in mei 2002 geopenbaard, derhalve zo’n eenendertig jaar na de gestelde onrechtmatige daad. Eiseres heeft binnen een redelijke termijn (acht maanden) daarna Eternit aansprakelijk gesteld (ad a). De gevorderde schadevergoeding betreft immateriële schadevergoeding en komt geheel ten goede aan eiseres (ad b, c). Aanspraak op een uitkering uit andere hoofde bestaat voor eiseres niet (ad d). Zo komt vast te staan dat Eternit, zonder te waarschuwen voor de gezondheidsrisico’s, asbestplaten heeft geleverd voor de loods bij de ouderlijke woning van eiseres terwijl zij wist dat het asbest bij bewerking schadelijk zou kunnen zijn voor de gezondheid, kan Eternit hier een ernstig verwijt worden gemaakt (ad e). Het hiervoor overwogene brengt met zich dat Eternit rekening had kunnen houden dan wel had behoren te houden met het feit dat zij voor de schade aansprakelijk gesteld zou kunnen worden (ad f). Niet gebleken is dat Eternit zich niet (meer) zou kunnen verweren tegen de vordering van eiseres (ad g). Eternit heeft haar aansprakelijkheid niet verzekerd. Het buiten toepassing laten van de verjaringstermijn levert echter geen onevenredig nadeel op voor Eternit, nu indien wel binnen 20 jaar na blootstelling aan asbest de vordering zou zijn ingediend, de aansprakelijkheid ook niet door een verzekering zou zijn gedekt (ad h).”

De president oordeelt het beroep op verjaring in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

President Rechtbank Rotterdam 2001:¹¹³

“(Ad a) Tussen partijen is niet in geschil dat de vordering betrekking heeft op vergoeding van materiele en immateriële schade, welke ten goede komt aan De Jong.

(Ad b) De Jong heeft uit hoofde van de Regeling Asbestslachtoffers een uitkering van f 35 000 gekregen. Daarbij dient echter te worden aangetekend dat dit bedrag aanzienlijk lager is dan de norm die in het kader van voornoemde regeling is vastgesteld; te weten op f 90 000 aan immateriële schadevergoeding en f 10 000 materiele schadevergoeding.

¹¹² 22 mei 2003, *PRG* 2003, 6067.

¹¹³ 19 juni 2001, *KG* 2001, 190. Het bekrachtigende hofarrest van dit vonnis hield in cassatie stand; zie het nader te bespreken HR 26 november 2004, *RvdW* 2004,133.

(Ad c) Van verwijtbaarheid aan de zijde van Optimodal in haar huidige gedaante is geen sprake. Koppe heeft in 1971 haar activiteiten gestaakt. In de periode van 1971 tot en met 1991, derhalve gedurende 20 jaar, heeft de vennootschap geen enkele activiteit uitgeoefend en was er sprake van een zogenaamde “lege” of “plank”-BV Optimodal is eerst in 1992 gestart en oefent geheel andere activiteiten uit dan Koppe tot 1971 uitoefende.

(Ad d) Optimodal heeft vóór het verstrijken van de verjaringstermijn in 1991 ook geen rekening kunnen houden met de mogelijkheid dat zij voor de schade aansprakelijk zou zijn. Allereerst was Optimodal op dat moment nog niet met de onderneming gestart terwijl voorshands ook aannemelijk is geworden dat zij niet op de hoogte was van het verleden van Koppe te dien aanzien.

Bovendien had Optimodal hier ook geen rekening mee behoeven te houden nu, zoals onder ad c reeds is overwogen, zij zelf geen personeelsleden aan asbest heeft blootgesteld.

(Ad e) Ter zitting is bovendien voorshands aannemelijk geworden dat het voor Optimodal naar redelijkheid niet mogelijk is deugdelijk verweer te voeren. Optimodal heeft in dat kader uitvoerig uiteengezet welke pogingen zij heeft ondernomen om informatie over Koppe en de door De Jong gestelde feiten te achterhalen, doch aannemelijk is dat zij te dien aanzien geen voor dit geding relevante informatie heeft kunnen verkrijgen.

(Ad f) Volgens De Jong is de verzekeraar van Optimodal krachtens de Regeling asbestschade van het Verbond van Verzekeraars (circulaire AAA 99/04) gehouden de schade met De Jong te regelen. De Jong heeft ter zitting daarnaast verwezen naar de algemene voorwaarden VA 930-01 en stelt zich op het standpunt dat er sprake is van een loss occurrence dekking.

De juistheid van het standpunt van De Jong kan niet zonder meer uit de overgelegde producties worden afgeleid, terwijl uit de door Optimodal overgelegde fax van 4 mei 2001 van AON met bijlage van Fortis kan worden afgeleid dat er geen dekking is. Het voert in het kader van dit kort geding te ver om de juistheid van het standpunt van Fortis nader te onderzoeken. Evenmin is aannemelijk geworden dat er AVB-dekking is geweest in de periode 1972/1992 dan wel van AVB dekking bij Koppe.

(Ad g) Ten aanzien van de vraag of De Jong binnen een redelijke termijn tot aansprakelijkstelling is overgegaan, overweegt de president als volgt. De diagnose mesotheliom is in november 1997 gesteld terwijl de aansprakelijkstelling van de NS – van wie De Jong aannam dat hij de aan te spreken werkgever was – plaats vond bij brief van 2 mei 2000. Hoewel de omstandigheden die er toe hebben geleid dat er een lange periode tussen de diagnose en de aansprakelijkstelling was gelegen, niet onbegrijpelijk zijn, is een termijn van ruim 2,5 jaar in deze geen redelijke termijn.”

De president oordeelt het beroep op verjaring van de werkgever niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Rechtbank Rotterdam 2004¹¹⁴

“ad a: de gevorderde schadevergoeding komt ten goede aan B. als weduwe van M.;
ad b: B. heeft een uitkering op grond van de Regeling Tegemoetkoming Asbestslachtoffers ontvangen, doch dat staat niet aan de weg aan het vorderen van (volledige) schadevergoeding in een civiele procedure. Door de gemeente wordt aangevoerd dat B. niet is ingegaan op haar verzoek inzicht te verschaffen op vergoedingen uit andere hoofde, zoals verzekeringen. De rechtbank is van oordeel dat dit niet met zich brengt dat dit gezichtspunt in het nadeel

114 10 maart 2004, *NJF* 2004, 311.

van B. zou moeten uitvallen nu dit standpunt miskent dat het erom gaat of op grond van alle omstandigheden van het geval de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat de verjaringstermijn buiten toepassing dient te blijven. In het kader van de beoordeling van een beroep op verjaring is het voldoende te constateren dat B. voormelde uitkering heeft ontvangen. Indien uiteindelijk zou blijken dat de gemeente aansprakelijk is, spelen voormelde eventuele vergoedingen een mogelijke rol bij de vaststelling van de schadevergoeding;

ad c: door B. zijn stukken in het geding gebracht waaronder notities omtrent het asbestgebruik bij het Gemeentelijk Energiebedrijf gedurende de jaren zestig en zeventig. Daaruit blijkt dat medewerkers fors zijn blootgesteld aan asbest. M. werkte toen echter niet voor het Gemeentelijk Energiebedrijf doch voor de Dienst Bouw- en Woningtoezicht. In het kader van het beoordelen van het beroep op verjaring komt het de rechtbank echter voor dat als er in jaren 60 forse blootstelling aan asbest heeft plaatsgevonden het niet onlogisch is ervan uit te gaan dan dit ook eind jaren 50 heeft plaatsgevonden. De vraag is in hoeverre dat aan de gemeente kan worden verweten. Geconcludeerd kan echter worden dat niet kan worden uitgesloten dat M. uit hoofde van zijn functie met asbest in aanraking is gekomen en dat, als de gemeente dat wist zonder maatregelen te treffen, haar een ernstig verwijt treft. Indien deze aannames niet correct zijn, hetgeen in het vervolg van deze procedure aan de orde zal komen, is er geen reden tot aansprakelijkheid van de gemeente;

ad d: mede gelet op de dissertatie van Dr. Stumphius uit 1969 brengt hetgeen ad c. is overwogen met zich dat de gemeente er rekening mee diende te houden dat zij voor de schade aansprakelijk zou zijn;

ad e: weliswaar is aannemelijk dat het voeren van verweer door de gemeente tegen de vordering van B. bemoeilijkt wordt door het lange tijdsverloop, maar anderzijds moet de gemeente in staat worden geacht, mede gelet op hetgeen sub d. is overwogen, middels verklaringen van toenmalige collega's verdere informatie te verkrijgen omtrent de door hem verrichte werkzaamheden en de omstandigheden waaronder hij de werkzaamheden heeft verricht;

ad f: het staat vast dat de schade door verzekering is gedekt."

De rechtbank oordeelt het beroep op verjaring in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

21.3.3.3 Kanttekeningen bij en een alternatief voor de huidige gezichtspuntencatalogus¹¹⁵

Men kan twifelen over de mate waarin gezichtspuntencatalogus bevredigend gemotiveerde uitspraken oplevert: (i) de waslijst aan argumenten ontnemt het zicht op de werkelijke motieven van de rechter, (ii) hij geeft aanleiding tot rechterlijke doelredeneringen en (iii) hij hecht waarde aan omstandigheden waarvan de relevantie niet steeds te zien valt, of hij kent, andersom, geen doorslaggevende betekenis toe aan omstandigheden die wel doorslaggevend zijn.

De Hoge Raad overweegt in Van Hese/De Schelde: “Als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, vallen te noemen:”, waarna hij de zeven gezichtspunten opsomt. Dit lijkt naar zijn bewoordingen beschouwd een imperatief voorschrift te zijn; de rechter *moet* de gezichtspunten in zijn beschouwing betrekken, kennelijk alle zeven.¹¹⁶

Wij zien de feitenrechters dat ook zonder uitzondering doen; zij gaan allen de hele lijst af.¹¹⁷ Om een aantal redenen levert dat weinig fraaie motiveringen op.

Ten eerste ontnemt de waslijst aan argumenten het zicht op de wezenlijke motieven van de rechter. In hoeverre een constatering als “de gevorderde schadevergoeding komt ten goede aan B. als weduwe van M” of “tussen partijen is niet in geschil dat de vordering betrekking heeft op vergoeding van materiële en immateriële schade, welke ten goede komt aan De Jong” nu eigenlijk de beslissing beïnvloedt, is onduidelijk. Dat geldt niet alleen in deze twee gevallen, maar in nagenoeg alle. Die onbepaaldheid is om een aantal redenen ongewenst, waarvan misschien de belangrijkste is dat zij de beslissing van de rechter

115 Een belangrijk deel van deze paragraaf is ontleend aan Smeehuijzen, *AV&S* 2005, p. 49 e.v. De vraag in hoeverre de kritiek op de gezichtspuntencatalogus en met name de suggesties tot verbetering in de praktijk navolging zullen krijgen, is nog open. In ieder geval werden zij door de Hoge Raad niet gevolgd in zijn arrest van 25 november 2005, *RvdW* 2005, 130, hoewel het bedoelde *AV&S*-art. door A-G Verkade in zijn Conclusie voorafgaand aan het arrest nadrukkelijk onder de aandacht van de Hoge Raad was gebracht. Verkade schreef weliswaar “Het geheel van de door Smeehuijzen aangedragen argumenten acht ik allezins het overwegen waard”, maar hij bekeerde zich daartoe nog niet (zie nr. 6.3 t/m 6.6 van zijn Conclusie), evenmin dus als de Hoge Raad; die oordeelde geheel overeenkomstig Van Hese/De Schelde. Ook nu de gedachten in deze paragraaf bij de Hoge Raad geen of althans niet direct gehoor vinden, kunnen zij praktijkjuristen in debatten over verjaring van asbestvorderingen toch van pas komen: in Van Hese/De Schelde staat niet expliciet hoe zwaar de verschillende gezichtspunten wegen, zodat de rechter heel goed aan het ene gezichtspunt groter belang kan hechten dan aan het andere zonder in strijd met Van Hese/De Schelde te oordelen. Een groot deel van deze paragraaf gaat over dat gewicht van de gezichtspunten; de partij die de rechter ervan overtuigt dat het hem onwelgevallige gezichtspunt geen of nauwelijks waarde heeft, of, andersom, dat het voor hem gunstige gezichtspunt van doorslaggevende betekenis is, kan dus goede hoop hebben dat dat oordeel in de verjaringsbeslissing een rol speelt.

116 Zo ook Bloembergen in zijn noot: “De hiervoor geciteerde woorden uit Schelde wekken de indruk dat zulks hier anders is [dan in zaken over bescherming van eer en goede naam – JLS], dat de rechter hier steeds op de zeven genoemde gezichtspunten moet toetsen en daarvan in zijn motivering rekenschap moet afleggen.”

117 Met dien verstande dat Rechtbank Rotterdam 2004 gezichtspunt g om onduidelijke redenen niet noemt.

moeilijk controleerbaar maakt. Dat laatste is het tegenovergestelde van wat de gezichtspuntencatalogus beoogt.¹¹⁸

Ten tweede: dat de rechter alle zeven gezichtspunten in ogenschouw móet nemen en dus zijn beslissing niet mag baseren op twee of drie wat hem betreft doorslaggevende omstandigheden, lijkt tot gevolg te hebben, maar bewijzen laat zich dat lastig, dat de rechter de overige gezichtspunten soms buigt naar het doel dat hij zich op basis van die twee of drie wezenlijke argumenten heeft gesteld. Zo lijkt bijvoorbeeld de redenering van Rechtbank Rotterdam 2001 dat de werkgever “in haar huidige vorm” geen ernstig verwijt treft toch een doelredenering¹¹⁹ en klinkt gelegenheidsstreng de President Rechtbank Rotterdam 2003 waar hij overweegt “Aangezien het verband tussen asbest en mesothelioom toen reeds bekend was en eiser op dat moment nog bij Verolme in dienst was, dient het verloren gaan van enige relevante informatie als gevolg van die overname voor rekening en risico van Verolme te blijven.”¹²⁰ De Presidenten wilden waarschijnlijk zoveel mogelijk omstandigheden de juiste kant op doen wijzen en dat is goed te begrijpen: de gezichtspuntencatalogus nodigt welhaast uit tot het “wegschrijven” van onwelgevallige argumenten. Dat komt echter de integriteit van de motivering niet ten goede.

Het derde, meest fundamentele punt is dat de gezichtspuntencatalogus de rechter dwingt waarde te hechten aan omstandigheden waarvan de relevantie niet steeds te zien valt, terwijl hij hun andersom belet doorslaggevende betekenis toe te kennen aan omstandigheden die wel doorslaggevend zijn (zie voor de motivering van deze stelling de hierna volgende bespreking van de individuele gezichtspunten).

Gelet op het voorgaande lijkt het zinvol te zoeken naar een verscherping van de gezichtspuntencatalogus. De volgende verscherpte gezichtspuntencatalogus is denkbaar. Als de benadeelde zijn vordering niet binnen redelijke termijn nadat hij daartoe in staat is geraakt heeft ingesteld (gezichtspunt g), wordt de absolute termijn gehandhaafd. Hetzelfde geldt als de relevante feiten niet meer zijn vast te stellen (gezichtspunt e). Als de benadeelde zijn vordering wél binnen redelijke termijn nadat hij daartoe in staat is geraakt heeft ingesteld, en de relevante feiten nog wél zijn vast te stellen, is een beroep op de absolute termijn in beginsel in strijd met de redelijkheid en billijkheid. In beginsel, omdat zich omstandigheden kunnen voordoen die tot een andere conclusie nopen. Overweging verdienen in dit verband of de aangesprokene nog rekening hield met de vordering (gezichtspunt d) en of er nog verzekeringsdekking bestond (gezichtspunt f); deze omstandigheden kunnen evenwel niet zelfstandig de doorbraak van de absolute termijn beletten. Geen of weinig waarde moet worden toegekend aan de aard van de schade en aan wie de schadevergoeding ten goede komt (gezichtspunt a), in hoeverre uit andere hoofde een recht op uitkering bestaat (gezihts-

118 Van Boom, *A&V* 2000, p. 65 schreef: “Ik vraag mij af of de Hoge Raad goed heeft gedaan aan het opstellen van een “catalogus”. De genoemde gezichtspunten zijn niet in alle opzichten duidelijk en bruikbaar, en het is niet erg helder hoe zij het rechterlijk besluitvormingsproces moeten sturen.” Die twijfel lijkt dus terecht: in de vier geciteerde overwegingen is inderdaad onduidelijk hoe de catalogus de beslissing stuurt.

119 Natuurlijk bedoelt gezichtspunt c uit te gaan van de rechtspersoon ten tijde van de asbestblootstelling.

120 De Hoge Raad kwam inmiddels in zijn arrest van 26 november 2004, *RvdW* 2004, 133 (later in deze paragraaf wordt dit arrest nader besproken) tot het voor de hand liggende oordeel dat het er niet toe doet aan wie het verloren gaan van informatie kan worden toegerekend.

punt b) en de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten (gezichtspunt c).

De volgende beschouwing van de individuele gezichtspunten uit Van Hese/De Schelde in het licht van (i) de ratio van de absolute verjaringstermijn en (ii) hun toepassing in de hiervoor aangehaalde rechtspraak, voert tot de in de hoofdstekst weergegeven verscherpte gezichtspuntencatalogus.

Gezichtspunt a: in het licht van de ratio van de absolute termijn is de vraag of (i) het gaat om vergoeding van vermogensschade of ander nadeel alsmede (ii) de vraag of de schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf nauwelijks van belang.¹²¹ Wat (ii) betreft; afgezien van die op de ratio van de absolute termijn gestoelde twijfel is de vraag aan wie de schadevergoeding ten goede komt uit praktisch oogpunt ook een problematisch criterium, omdat de slachtoffers zo snel overlijden; het onderscheid tussen het slachtoffer zelf en zijn erfgenamen is in dat licht enigszins wrang.¹²² Dat zich nog andere gerechtigden zullen melden doet zich in de praktijk naar het zich laat aanzien erg weinig voor. Verjaringsrechtelijk lijkt er ook geen reden te bestaan die andere gerechtigden achter te stellen, hoewel hier gedacht vanuit de tweedeling tussen het recht van de rechtstreeks benadeelde en de regresgerechtigde in het huidige aansprakelijkheidsrecht wellicht toch iets voor te zeggen valt.

Wij zien ook dat gezichtspunt a in de genoemde uitspraken geen enkel reliëf krijgt: het wordt steeds afgedaan met een obligaat ogend zinnetje waarvan de strekking onduidelijk is.

Gezichtspunt b: vanuit de gedachte dat een van de drie gronden voor doorbreking van de absolute termijn gelegen is in het feit dat de benadeelde, anders dan normaal, na verloop van decennia zijn schade alsnog in alle hevigheid ondervindt, kan men inderdaad belang hechten aan de vraag of de benadeelde uit andere hoofde dan uit zijn rechtstreekse schadevordering vergoeding kan ontvangen. Als dat zo is, dan ondervindt hij dat uitgestelde nadeel immers helemaal niet en is er geen noodzaak tot doorbraak van de absolute termijn. In de praktijk van de asbestzaken doet zich dit evenwel zelden voor, omdat de benadeelde over het algemeen van niemand anders dan de laedens het normbedrag van €45 902 integraal kan vorderen; de tegemoetkoming uit hoofde van de Regeling Asbestslachtoffers bedraagt slechts een derde van dat bedrag en andere bronnen bieden onvoldoende soelaas.

De werkelijke vraag is dus of de verhaalbaarheid van *enig* bedrag elders aan doorbreking van de absolute termijn in de weg staat. Daarvoor is geen grond in het wezen van de absolute termijn; de drie eerder genoemde motieven voor toepassing van de absolute termijn doen zich ten aanzien van schade die rest na vergoedingen door derden evenmin voor als ten aanzien van integraal onvergoede schade. Ook om een andere, meer pragmatische reden lijkt er voor positieve beantwoording van die vraag geen reden: zoals men kan zeggen dat de situatie voor het slachtoffer minder schrijnend is nu hij een deel van zijn schade reeds

121 Over het onderscheid naar de aard van de schade schrijft Bloembergen in zijn noot onder Van Hese/De Schelde: "Dat aan vergoeding van vermogensschade een hogere prioriteit toekomt dan aan vergoeding van niet-vermogensschade, spreekt min of meer vanzelf en ligt ook ten grondslag aan artikel 6:95". Van Boom meent, *A&V* 2000, p. 64 r.k.: "De Hoge Raad geeft niet aan op welke wijze deze differentiatie moet plaatsvinden. Weegt materiële schade in dit verband zwaarder dan immateriële? En zo ja, waarom?". Hartkamp zag in zijn conclusie voor HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380 (Diaconessenziekenhuis) geen grondslag voor differentiatie.

122 In dezelfde zin Van Boom, *A&V* 2000, p. 65, l.k.; anders Bloembergen in zijn noot.

vergoed krijgt, is evenzogoed het bedrag dat dan nog door de laedens zelf moet worden betaald lager (met overigens de belangrijke uitzondering in geval van uitkering krachtens de Regeling TAS; die uitkering moet worden terugbetaald als de laedens alsnog betaalt). Die heeft dus reeds voordeel van de verhaalbaarheid elders; er is geen reden dat voordeel geheel te laten doorslaan in ontslag van zijn schadevergoedingsverplichting.¹²³

In de geciteerde uitspraken lijkt ook geen rechter te oordelen dat enige uitkering elders aan doorbraak van de absolute termijn in de weg staat. Men volgt de voor de hand liggende redenering dat als na uitkering door derden nog een bedrag resteert, er geen argument bestaat de absolute termijn niet te doorbreken. Men acht met andere woorden het belang bij het resterende bedrag niet minder volwaardig dan het belang bij het volledige bedrag. Illustratief in dit verband is dat in Rechtbank Rotterdam 2004 wordt overwogen: “Indien uiteindelijk zou blijken dat de gemeente aansprakelijk is, spelen voormelde eventuele vergoedingen een mogelijke rol bij de vaststelling van de schadevergoeding.”

In het licht van het voorgaande lijkt de meest logische duiding van gezichtspunt b derhalve dat vergoedingen door derden slechts dan aan de doorbreking van de absolute termijn in de weg staan als de benadeelde door die vergoedingen *integraal* is schadeloos gesteld. Door de feitenrechters lijkt het reeds nu aldus te worden verstaan.

Gezichtspunt c: het criterium van de mate van verwijtbaarheid aan de laedens komt uit het perspectief van de ratio van de absolute termijn geen betekenis toe. Het beïnvloedt niet de bewijssituatie, beïnvloedt niet de rechtszekerheid van de debiteur en doet de tijd niet sneller of minder snel slijten. Bovendien zal het over het algemeen erg moeilijk operationaliseerbaar zijn, in die zin dat de rechter gevolg moet toekennen aan een schuld-differentiatie binnen de aansprakelijkheidsgrondslag. *Wanneer* aansprakelijkheid moet worden aangenomen is bij toepassing van normen van meer dan dertig jaar oud al zeer lastig,¹²⁴ laat staan dat zich binnen dat spectrum nog gemotiveerd nuanceringen laten aanbrengen. Daar komt bij dat nadere scherpstelling ook door het ondersneeuwen van de feiten steeds lastiger wordt.

Men ziet evenwel dat onder de feitenrechters in de asbestzaken – op een nader te bespreken uitzondering na – op dit punt eensgezindheid heerst: als de aansprakelijkheid gegeven is, is ook gegeven dat een grote mate van schuld bestaat. Zo schakelt Rechtbank Rotterdam 2004 heel nadrukkelijk aansprakelijkheid en zware schuld gelijk. De eenheid van de rechtspraak op dit punt vloeit waarschijnlijk voort uit de aard van de asbestaansprakelijkheid: als niet is gezorgd voor deugdelijk toezicht op de naleving van de vereiste veiligheidsmaatregelen, met de dood tot gevolg, is het nogal contra-intuïtief om vervolgens te zeggen dat het met het verwijt aan de laedens wel meevalt.

HR 25 november 2005¹²⁵ wekt de indruk dat de Hoge Raad de feitenrechter op dit punt ook geen al te zware motiveringslast oplegt. In die zaak had het hof ernstige verwijtbaarheid aangenomen, al te gemakkelijk volgens de A-G in zijn conclusie:¹²⁶ “Het heeft er alle schijn van dat het hof aanstonds naar een resultaat – geen honorering van het verjaringsverweer indien onrechtmatigheid wordt aangenomen – heeft willen springen. Een (aangenomen) verwijtbaarheid mag volgens gezichtspunt c van Van Hese/De Schelde echter nu juist niet gelijkgesteld worden met zodanige verwijtbaarheid dat daarvoor het maatschap-

123 Kritisch ook ten aanzien van dit gezichtspunt Van Boom, *A&V* 2000, p. 65, r.k.; Bloembergen ziet in zijn noot “aanleiding tot vragen”.

124 Zie over dat probleem Van Boom, *Barendrecht* (2000), p. 45 e.v.

125 *RvdW* 2005, 130.

126 Zie nr. 6.7 en 6.8.

pelijk belangrijke 30-jaars-verjaringsregime (...) moet wijken: anders heeft gezichtspunt c geen zin.” De A-G vindt het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd en voegt toe dat hij met name heeft gemist “een of meer overwegingen van het hof over de mate van verwijtbaarheid in het licht van de [eerder in de Conclusie] besproken kwestie van de ‘maatschappelijke inzichten’ ten aanzien van het bewuste risico in de relevante periode 1970/1971.” De Hoge Raad verwierpt echter de betreffende klacht en vindt toereikend¹²⁷ dat het hof erop heeft gewezen dat (a) uit de MvT bij het ontwerp uit 1949 van de Silicosewet blijkt van gevaar en (b) Eternit hiermee als internationaal opererend bedrijf bekend was en bovendien in ieder geval de directeur die bekendheid al voor 1971 moet hebben gehad.

Gezichtspunt d – kon de aangesprokene de vordering nog verwachten – is wél van wezenlijke betekenis, omdat een van de bestaansredenen van de absolute termijn is dat de debiteur na verloop van lange tijd zijn vermogen niet meer op nakoming van de vordering heeft ingesteld; wij zagen dat hiervoor. Dat echter in alle gevallen de afwezigheid van ieder vermoeden *steeds* tot het oordeel zou moeten voeren dat de absolute termijn moet standhouden is evenwel te vergaand, omdat de rechtszekerheid van de individuele debiteur niet meer is dan een belang dat eerst nog moet worden afgewogen tegen het offer dat van de benadeelde wordt gevergd door hem zijn vordering te ontfangen.

Wat betreft zijn betekenis in het bijzonder ten aanzien van de asbestzaken moet worden opgemerkt dat de maatschappelijke commotie rondom asbest de meeste laedentes het besef moet hebben bijgebracht dat vorderingen nog te verwachten waren. Naarmate de activiteiten van de onderneming sterker asbest-gerelateerd waren, kan dat bewustzijn eerder worden aangenomen.¹²⁸

Waar de aangesproken rechtspersoon nog dezelfde activiteiten verricht als ten tijde van de asbestblootstelling, oordelen de feitenrechters eensgezind dat hij met aanspraken nog rekening moest houden. Rechtbank Rotterdam 2004 verwijst naar de dissertatie van Dr. Stumphius uit 1969 en de President Rechtbank Rotterdam 2003 leidt uit de toelichting op het asbestbesluit uit 1977 af dat het verband tussen asbest en mesotheliom al jaren bekend was, zodat ook de aansprakelijkheid van de werkgever aan hem bekend had moeten zijn. De President Rechtbank Rotterdam 2001 oordeelt dat enige bekendheid bij de BV niet aanwezig was, omdat zij ten tijde van de afloop van de absolute termijn nog in het geheel geen activiteiten had gestart. Zie over de waarde van een dergelijke constatering hierna.

Gezichtspunt e stelt de vraag of de debiteur naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren en is daarmee van essentieel belang. Het eerste doel van de verjaring is immers de debiteur te beschermen tegen ongegronde vorderingen waartegen hij zich door tijdsverloop niet meer kan verweren. Niettegenstaande de principiële betekenis van gezichtspunt e, vormt het in de asbestzaken waarschijnlijk bij uitzondering een beletsel voor doorbreking van de absolute termijn, omdat, zoals hiervoor al werd opgemerkt, de relevante feiten in asbestzaken de tand des tijds uitzonderlijk goed weerstaan.

Overigens is van belang hoe men de woorden “of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren” duidt. Het lijkt niet aannemelijk dat men ze aldus moet lezen dat de aangesprokene nog werkelijk uit een eigen bewijsarsenaal zou moeten kunnen putten. Voldoende is dat de feiten nog zijn vast te stellen

127 Tweede alinea r.o. 3.5.

128 Akkermans, (2001) werkt dit argument nader uit. Zie ook Hartlief, *NTBR* 2001, p. 63 l.k.

met voldoende mate van zekerheid; het materiaal voor die vaststelling kan heel goed overwegend van de benadeelde afkomen. Als hij met getuigen en stukken weet aan te tonen dat hij gedurende een zekere periode bij een asbestverwerkende onderneming een functie heeft vervuld waarbij hij aan asbest werd blootgesteld, verhindert het feit dat bijvoorbeeld inmiddels de administratie van die onderneming over de relevante periode is tenietgegaan, de doorbraak van de absolute termijn niet. Men zou kunnen zeggen dat naarmate de bewijsvoering van de eiser minder ruimte voor twijfel laat, de mogelijkheden van de aangesprokene om zich te verweren van minder belang zijn.

Met uitzondering van President Rechtbank Rotterdam 2001 lijken de geciteerde vonnissen in lijn met het voorgaande.

Gezichtspunt f – of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt – kan gelet op de ratio van de absolute termijn van betekenis zijn. Als wij werkelijk vinden dat iemand die door een grote mate van schuld van de laedens komt te overlijden recht heeft op schadevergoeding, behoort het feit dat die laedens dat zelf moet betalen op zichzelf geen reden te zijn de benadeelde zijn recht te ontnemen. Maar wel is voorstelbaar dat de vraag naar de verzekering in combinatie met andere factoren toch betekenis toekomt. Zo kan men zich voorstellen dat een rechter de zaak tegen de verzekerde erfgenamen van een zelfstandige asbestverwerkende werkgever anders moet beoordelen dan diezelfde zaak tegen de onverzekerde erfgenamen van een zelfstandige asbestverwerkende werkgever voor wie de veroordeling tot schadevergoeding ernstige financiële problemen teweeg brengt. Zo beschouwd is dit gezichtspunt een uitwerking van het verjaringsrechtelijke motief dat wie zijn vermogenspositie niet meer op nakoming heeft ingericht, bescherming behoeft.

Welk gewicht het argument van de verzekering in de geciteerde overwegingen uit feitelijke instanties wordt toegekend is nauwelijks te zeggen. Wel heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 25 november 2005 een hofarrest vernietigd omdat¹²⁹ ten aanzien van het verzekeringsaspect slechts was overwogen: “In de stellingen van Eternit [...] dat een bij toewijzing van de onderhavige vordering te verwachten toename van het aantal vorderingen de solvabiliteit van het niet-verzekerde Eternit zal bedreigen, ziet het hof geen voldoende reden om het beroep van Eternit op verjaring wel te honoreren.” De Hoge Raad overweegt dat hiermee het hof, als het bedoelt te zeggen dat het niet-verzekerd zijn er niet toe doet, van een onjuiste rechtsopvatting uitgaat omdat dit aspect wel degelijk van belang is, en dat het hof, als het wel van de juiste rechtsopvatting is uitgegaan, zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd. Nu is inderdaad het hofarrest op dit punt wel zo kort door de bocht dat de Hoge Raad, wilde hij zijn gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde ongewijzigd handhaven, en dat wilde hij, die overweging eigenlijk niet kon laten passeren: het hof wekt de indruk het al dan niet verzekerd zijn nauwelijks of geen gewicht te willen toekennen. Maar het is bepaald de vraag of het hofarrest ook was gestruikeld als het wat volgzamer in termen van Van Hese/De Schelde was geformuleerd. Moeilijk in cassatie aantastbaar was toch geweest een arrest waarin expliciet belang is gehecht aan het niet-verzekerd zijn, maar vervolgens geoordeeld wordt dat de factoren die wel wijzen op een doorbraak van de verjaringstermijn toch zwaarder wegen. Nergens in Van Hese/De Schelde staat immers iets over het relatieve gewicht van de verschillende factoren.

Krachtens *Gezichtspunt g* ten slotte, moet worden gezien of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn, kort gezegd, juridische actie is genomen. Dat gezichtspunt is van doorslaggevend belang. Het is zuiver beschouwd niet een overweging

129 R.o. 3.6.

om de absolute termijn al dan niet te doorbreken, maar een vraag naar het handelen van de laedens ná het doorbreken van de absolute termijn. Wij moeten de rechtvaardiging van dit gezichtspunt dan ook niet zoeken in de absolute termijn. Gezichtspunt g past veeleer in het perspectief van de relatieve verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW: zodra van de benadeelde redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij zijn vordering instelt moet hij dat ook doen. Als hij dat niet doet, bezwaart hij nodeloos de positie van de debiteur en behoort hem zijn recht te worden ontnomen.

Met name problematisch aan deze termijn is zijn lengte. De Hoge Raad geeft hieromtrent in Van Hese/De Schelde geen aanwijzing. Toen ik in 2006 over dit onderwerp publiceerde, schreef ik: “In gepubliceerde rechtspraak zijn geen tegenstellingen: enerzijds achten President Rechtbank Rotterdam 2001 (hiervoor geciteerd) en Hof Den Haag 2003¹³⁰ tweeënehalf jaar respectievelijk vier jaar te lang; anderzijds achten Hof Den Bosch 2001¹³¹ President Rechtbank Dordrecht 2003 (hiervoor geciteerd) en de Rechtbank Rotterdam 2004 (hiervoor geciteerd) een termijn van respectievelijk een jaar, 16 maanden en bijna twee jaar redelijk. Men zou haast zeggen, hoewel een dergelijke uitspraak methodologisch aan alle kanten rammelt, dat de feitenrechtspraak wijst op een termijn van twee jaar.

Een van de tegenwerpingen kan zijn dat in niet-gepubliceerde uitspraken wél afwijkende termijnen zijn aangenomen. Dat er tegenstrijdige beslissingen genomen zijn of genomen zullen worden ligt voor de hand, omdat wat een redelijke termijn is, niet of slechts in zeer beperkte mate beargumenteerbaar is.”¹³²

Inmiddels is het zover: in zijn arrest van 22 juni 2007 acht het Hof Den Haag een periode van 15 maanden tussen bekendheid met de schade en de aansprakelijkstelling te lang.¹³³ Dat is niet te rijmen met de voornoemde uitspraken waarin 16 maanden en twee jaar redelijk werden geacht. De Hoge Raad had er uit een oogpunt van voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen wellicht toch verstandig aan gedaan een vaste termijn te stellen.¹³⁴

Men zou een analogie met de vijfjaarstermijn van 3:310 lid 1 kunnen zien,¹³⁵ omdat als gezegd ook van die termijn de strekking luidt dat de benadeelde zijn vordering moet instellen als zulks redelijkerwijze van hem verwacht mag worden. Het volgen van die termijn zou dus wel het voordeel van consistentie hebben, maar men kan zich intussen met recht afvragen of vijf jaar niet te lang is; de benadeelde (of zijn erfgenamen) zou over het algemeen toch aanzienlijk sneller tot juridische actie moeten kunnen komen. Denkbaar is ook nog een termijn van drie jaar: die termijn gunt de gelaedeerde (of zijn erfgenamen) voldoende tijd voor de transitie van rouw naar juridische strijdbaarheid maar is niet nodeloos

130 25 juli 2003, *NJF* 2004, 28.

131 21 augustus 2001, *KG* 2001, 274.

132 Smeehuijzen (2006), p. 67.

133 Hof Den Haag 22 juni 2007, *LJN* BB0853.

134 Zo ook Van Boom, *A&V* 2000, p. 65, r.k.: “Het is nu aan lagere rechters om door schade en schande wijzer te worden. Misschien zijn er nog een paar cassaties nodig om er achter te komen dat bij mesothelioomgevallen een redelijke termijn in beginsel zes maanden na ontdekking is.”

135 Zie ook Hof Den Bosch 2001: “Tot analogie uitnodigende termijnen – art. 73 Overgangswet: een jaar; wetsvoorstel 3:310, lid 5 (*Handelingen II* 1999-2000, 26 824, nos. 1 en 2: vijf jaren na het bekend worden met de schade) – zijn niet korter dan een jaar of bieden uiteenlopende aanknopingspunten.”

lang en sluit aan bij de verjaringstermijnen in ons omringende landen; daar geldt eveneens drie jaar als standaard.¹³⁶

In zijn arrest van 26 november 2004¹³⁷ voorziet de Hoge Raad niet in de behoefte aan verduidelijking. In die zaak klaagde de benadeelde er onder andere over dat het hof ten onrechte een termijn van ruim twee jaar (van november 1997 tot op zijn vroegst begin 2000) niet als een redelijke termijn van aansprakelijkstelling aanmerkte. Volgens het middel zou de redelijke termijn, in aansluiting bij art. 3:310 leden 1 en 5 BW, vijf jaar bedragen. De Hoge Raad overwoog:¹³⁸ “Zoals de Hoge Raad in het arrest van 28 april 2000 heeft overwogen, moet de vraag of in gevallen als het onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval worden beoordeeld. Daarbij is mede van belang de strekking van de in de wet voorziene verjaringstermijn van dertig jaren van artikel 3:310 lid 2, die – zoals eveneens reeds in het arrest van 28 april 2000 is overwogen – een objectief en in beginsel absoluut karakter heeft, en het beginsel van rechtszekerheid beoogt te dienen en de billijkheid jegens de wederpartij, waarbij in het bijzonder valt te denken aan de moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten. Terecht heeft het hof in rov. 23 dan ook gewezen op het zwaarwegende belang van de aangesproken persoon bij een voortvarende aansprakelijkstelling na het aan het licht komen van de schade.”

Toegegeven moet worden dat de Hoge Raad in de voorliggende zaak – en daar gaat het natuurlijk in de eerste plaats om – tot een meer principiële beslissing niet genoodzaakt was. Desalniettemin is voor wie zich met asbestaansprakelijkheid bezighoudt enigszins teleurstellend dat hij volstaat met een mechanische parafrase van de kernoverweging uit Van Hese/De Schelde, met de slotsom dat het hof er goed aan heeft gedaan gewicht toe te kennen aan het belang van de debiteur bij een voortvarende aansprakelijkstelling.

Wij leren uit dit arrest niet alleen niet wat de redelijke termijn zou kunnen zijn, het is nog sterker: men kan in woorden van de Hoge Raad zelfs nog lezen dat die termijn in abstracto niet te stellen is, omdat steeds “alle omstandigheden van het concrete geval [moeten] worden beoordeeld”. Die onbepaaldheid is niet bevorderlijk voor de hanteerbaarheid van het onderhavige gezichtspunt g.

21.3.4 Het aanvangsmoment van de absolute termijn

Volgens de tekst van art. 3:310 lid 1 BW verjaart een rechtsvordering in ieder geval door verloop van twintig jaren na *de gebeurtenis* waardoor de schade is veroorzaakt. Zolang de schadeveroorzakende gebeurtenis een kortdurend, eenmalig feit is, geeft

¹³⁶ Overigens suggereert Van Boom, *A&V* 2000, p. 67 een termijn van vijf jaar en achten A-G Spier (voor Van Hese/De Schelde) en annotator Bloembergen een termijn van 6 maanden tot een jaar redelijk. Bij die laatste termijn kan men aantekenen dat hij de benadeelde (en erfgenamen) wel erg weinig tijd laat de zinnen naar het juridische te verzetten. Denk in dit verband aan opschorting van de relatieve termijn wegens psychische overmacht in seksueel-misbruikzaken.

¹³⁷ *RvdW* 2004,133; het betreft de cassatie van het hoger beroep-arrest van President Rechtbank Rotterdam 2001.

¹³⁸ R.o. 3.5.

het begrip geen interpretatieproblemen. Maar als het een voortdurend of wederkerend evenement betreft, rijst wél de vraag hoe het moet worden opgevat. Ten aanzien van schade ten gevolge van verontreiniging van lucht, water of bodem, of als gevolg van gevaarlijke stoffen¹³⁹ in de zin van art. 3:310 lid 2 BW is er een bijzondere bepaling over dit probleem: art. 3:310 lid 3 BW bepaalt expliciet dat als de gebeurtenis uit een voortdurend feit bestaat, de termijn pas begint te lopen nadat dit feit is opgehouden te bestaan (en bestaat “de gebeurtenis” uit een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak, dan begint de termijn te lopen na dit laatste feit). De Hoge Raad heeft analogische toepassing van deze bepaling afgewezen voor het begrip gebeurtenis van lid 1; daar geldt dus niet dat de verjaring pas aanvangt bij het einde van het voortdurende evenement. Dat betekent dat de verjaringsbijl midden in dat voortdurende evenement kan vallen. Er zijn vraagtekens te plaatsen bij de juistheid van die beslis-sing.

Voorbeelden van toepasselijkheid van lid 3 vormen de twee eerdergenoemde asbest-arresten. De Hoge Raad overweegt in Van Hese/De Schelde: “In het onderhavige geval moet dus als gebeurtenis worden aangemerkt de blootstelling aan asbest, dat wil in verband met het derde lid van art. 3:310 BW zeggen het einde van de blootstelling.” R.o. 3.3 van Rouwhof/Eternit is inhoudelijk gelijklopend.

Uit HR 25 juni 1999¹⁴⁰ volgt dat de Hoge Raad de regel van lid 3 over het begrip gebeurtenis in lid 2 niet analoog wil toepassen op het begrip gebeurtenis in lid 1. Op 20 mei 1994 spreekt een zoon zijn vader aan op grond van de stelling dat zijn vader hem in de periode van 1960 tot 1976 (toen hij het ouderlijk huis verliet) stelselmatig geestelijk en lichamelijk heeft mishandeld. De vader stelt dat de feiten van voor 20 mei 1974 (dat is twintig jaar voor de dagvaarding) krachtens de absolute termijn zijn verjaard. De zoon meent, naar analogie van art. 3:310 lid 3 BW, dat het geweld van zijn vader niet is onder te verdelen in afzonderlijke gebeurtenissen van vóór en na 20 mei 1974, doch geheel is aan te merken als één onrechtmatige daad, zodat de absolute termijn voor de gehele mishandeling pas in 1976 is gaan lopen.

De Hoge Raad wil van die analogische wetstoepassing niet weten:¹⁴¹ “Voor zover het onderdeel met een beroep op artikel 3:310 lid 3 BW strekt ten betoge dat het door B. junior gestelde geweld van zijn vader niet is onder te verdelen in afzonderlijke gebeurtenissen van vóór en na 20 mei 1974, doch geheel is aan te merken als één onrechtmatige daad, ziet het onderdeel eraan voorbij dat artikel 3:310 lid 3 alleen van toepassing is op de in artikel 3:310 lid 2 met zoveel woorden genoemde bedoelde rechtsvorderingen. Zoals mede blijkt uit de in de conclusie van het Openbaar Ministerie onder 8 vermelde wetsgeschiedenis, biedt de wet geen ruimte om ook in andere gevallen dan in genoemde bepaling omschreven, aan te nemen dat een opeenvolging van overeenkomstige onrechtmatige handelingen voor de aanvang van de verjaring als één gebeurtenis moet worden aangemerkt.”

139 Of als gevolg van beweging van de bodem als gevolg van aanleg of exploitatie van een mijnbouw-werk.

140 NJ 2000, 16, nt. ARB.

141 R.o. 5.2.

Deze uitspraak verdient geen instemming. In de eerste plaats is bepaald twijfelachtig of de wetsgeschiedenis noopt tot de door de Hoge Raad gekozen oplossing. Holthuijsen bepleit met kracht van argumenten dat het tegendeel het geval is.¹⁴²

Bovendien leidt het resultaat van deze interpretatie tot grote praktische complicaties. Want welk deel van de schade is specifiek het gevolg van de nog niet verjaarde gebeurtenis? De discussie ontspint zich direct; de A-G schrijft: “Overigens merk ik op dat pas in de schadestaatprocedure aan de orde kan komen welk deel van de schade moet worden toegerekend aan de gebeurtenissen die plaatsvonden na 20 mei 1974; mogelijk is immers dat deze gebeurtenissen op zichzelf voldoende waren om de gestelde schade geheel te veroorzaken; in ieder geval is bepaald niet uitgesloten dat de gestelde mishandelingen die in die periode plaatsvonden een onevenredig groot deel van die schade hebben veroorzaakt, gegeven de aan de vader toe te rekenen omstandigheid dat de zoon reeds daarvoor aan mishandelingen was blootgesteld.”

Hierteenover schrijft Bloembergen in zijn noot: “In de Com (nr 8 slotalinea) wordt opgemerkt dat het alsnog mogelijk zou zijn het slachtoffer in dit geval te hulp te komen: de vordering ter zake van de mishandelingen van het in 1958 geboren slachtoffer die na 20 mei 1974 (tussen 1974 en 1976, toen het slachtoffer als achttienjarige het huis verliet) plaats vonden, zijn niet verjaard en het zou niet uitgesloten zijn dat de gehele schade of een flink deel daarvan aan deze laatste mishandelingen wordt toegerekend. Mij komt het voor dat een pro rata toerekening aan de verjaarde en de niet verjaarde mishandelingen meer voor de hand zou liggen; verg. HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743 m.nt. JHN (Kalimijnen) en voorts Schadevergoeding (Boonekamp) aant. 6.2 op artikel 102 met verdere gegevens. Dat zou tot een voor het slachtoffer veel ongunstiger resultaat leiden.”

De benadering van Bloembergen is in twee opzichten problematisch. Ten eerste. De pro rata-benadering vergt dat men in de beoordeling ook betreft de gebeurtenissen die al verjaard zijn;¹⁴³ men moet immers eerst het geheel van de opeenvolgende reeks van gebeurtenissen bepalen om vervolgens te kunnen uitmaken welk percentage de nog niet verjaarde gebeurtenissen van dat geheel uitmaken. Maar het betrekken van de verjaarde gebeurtenissen in het oordeel is niet zuiver, omdat een van de dragende gedachten van de verjaring, zeker van verjaring krachtens de lange termijn, nu juist is dat niet meer valt vast te stellen wat zo lang geleden heeft plaatsgevonden. Ten tweede. In de pro rata-benadering krijgt de debiteur belang bij een zo lang mogelijke duur van de voor het aanvangsmoment van de absolute termijn gelegen gebeurtenissen; hoe langer die termijn immers, hoe kleiner in verhouding het aandeel van de gebeurtenissen na het aanvangsmoment. De implicatie daarvan is, bijvoorbeeld in de casus van het arrest, dat de vader die met succes bepleit dat hij zijn zoon ook in 1959 als baby al mishandelde, aanzienlijk voordeliger af is dan de vader die niet anders kan aantonen dan dat hij zijn zoon uitsluitend na 20 mei 1974 mishandelde. Die consequentie is kennelijk onaanvaardbaar.

Een bezwaar, vergelijkbaar met het eerstgenoemde tegen de pro rata-benadering, is aan te voeren tegen het oordeel van de A-G, die, denkend over het mogelijke verloop van een schadestaatprocedure, opmerkt dat bepaald niet is uitgesloten “dat de gestelde mishandelingen die in die periode [de “niet verjaarde periode” – JLS] plaatsvonden een onevenredig

¹⁴² Holthuijsen, *NTBR* 2001, p. 5-6.

¹⁴³ Uiteraard is het technisch gesproken niet zo dat een gebeurtenis verjaart, maar de rechtsovergang tot vergoeding van de uit de gebeurtenis voortvloeiende schade. Kortheidshalve spreek ik toch maar even van ‘verjaarde gebeurtenissen’, zoals bijvoorbeeld Bloembergen ook spreekt over ‘verjaarde mishandelingen’.

groot deel van die schade hebben veroorzaakt, gegeven de aan de vader toe te rekenen omstandigheid dat de zoon reeds daarvoor aan mishandelingen was blootgesteld.” Als men die laatstgenoemde omstandigheid in de oordeelsvorming wil betrekken, kent men, net als in de pro rata-benadering, betekenis toe aan een evenement waarvan men nu juist net heeft gezegd dat het verjaard is.

Onduidelijk is vooralsnog hoe deze kwestie dan wél moet worden opgelost. Want hoe men het ook wendt of keert, om te bepalen welk deel van de schade moet worden “toegerekend” aan de nog niet verjaarde gebeurtenissen, moet men tevens in ogenschouw nemen de rol van de al wel verjaarde gebeurtenissen. Die terugblik verdraagt zich als gezegd niet met de ratio van de verjaring. Wellicht had het toch de voorkeur verdiend te beslissen naar analogie van lid 3: de rechter zou dan rechtstreeks de feiten kunnen beoordelen die hij nu via een liever gesloten gebleven achterdeur moet binnenlaten.

Art. 3:311 BW bepaalt dat een rechtsovereenkomst tot ontbinding van een overeenkomst op grond van een tekortkoming in de nakoming daarvan of tot herstel van tekortkoming verjaart door verloop van vijf jaren nadat de schuldeiser met de tekortkoming bekend is geworden en in ieder geval twintig jaar nadat de tekortkoming is ontstaan.

Aldus kent ook art. 3:311 BW de structuur van een korte subjectieve termijn in combinatie met een lange objectieve termijn.

Het was nodig een bijzondere bepaling in het leven te roepen en de ontbinding en de vordering tot herstel niet onder het algemene artikel over nakoming (art. 3:307 BW) te laten vallen, omdat in dat algemene artikel het aanvangsmoment wordt bepaald door de opeisbaarheid, terwijl dat moment ten aanzien van de ontbinding en het herstel niet past: het kan heel goed zijn dat de bekendheid met de bevoegdheid ontbinding of herstel te vorderen (aanzienlijke) tijd na het moment van opeisbaarheid ontstaat, zodat het moment van opeisbaarheid ertoe kan leiden dat de vordering te snel verjaart. Denk, bijvoorbeeld, aan het geval waarin aan het geleverde een rechtsbegrep kleefte dat zich pas na verloop van tijd manifesteert.¹

Over art. 3:311 BW bestaat opvallend weinig rechtspraak. Dat komt waarschijnlijk doordat de vraag naar de ondergang van de bevoegdheid tot ontbinding of herstel wegens ‘stilzitten van de crediteur’ in het merendeel der gevallen niet door art. 3:311 BW beantwoord wordt, maar door de art. 6:89 en 7:23 BW – deze opmerking wordt verderop in deze paragraaf toegelicht.

Het begrip bekendheid uit art. 3:311 BW moet subjectief worden opgevat.

Net als in het kader van art. 3:310 BW, heeft ook ten aanzien van art. 3:311 BW de vraag gespeeld of het begrip “bekendheid” subjectief dan wel objectief moet worden opgevat. De Hoge Raad overweegt: “Aangenomen moet worden dat, mede gelet op de tekst van deze bepaling, het criterium “bekend is geworden” subjectief moet worden opgevat. Het komt er dus op aan dat degene die zich op voormelde verjaringstermijn beroept, stelt en zonodig bewijst dat de schuldeiser daadwerkelijk bekend was met de tekortkoming. Dat neemt evenwel niet weg dat de rechter, indien de schuldeiser zulks betwist, die bekendheid zal kunnen afleiden uit bepaalde ten processe gebleken feiten en omstandigheden. De rechter zal in een zodanig geval tot de slotsom kunnen komen dat op grond van die feiten en omstandigheden voorshands, dat wil zeggen behoudens door de schuldeiser te leveren

¹ Zie nader hierover Parl. Gesch. Inv. p. 1413-1414.

tegenbewijs, moet worden aangenomen dat de schuldeiser daadwerkelijk bekend was met de tekortkoming.”²

Deze overweging verdient instemming, gegeven het uitgangspunt dat de vijfjaarstermijn pas moet gaan lopen als van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt. Zolang hij feitelijk niet bekend is met de tekortkoming, is daarvan geen sprake. Ook de ‘objectivering’ langs de weg van bewijslastverdeling is juist, nu een werkelijk geheel subjectief criterium eenvoudig niet werkbaar is; men kan de crediteur niet in het hoofd kijken.

De vraag naar de ondergang van de bevoegdheid tot ontbinding of herstel wegens ‘stilzitten van de crediteur’ wordt in het merendeel der gevallen niet door art. 3:311 BW beantwoord, maar door de art. 6:89 en 7:23 BW.

Art. 6:89 BW bepaalt dat eenschuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen als hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had behoren te ontdekken, bij de schuldenaar heeft geprotesteerd. Art. 7:23 BW, dat algemeen als een specialis van art. 6:89 BW wordt beschouwd, is in het bijzonder ten aanzien van de koop bepaald dat de koper er geen beroep meer op kan doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de koopovereenkomst voldoet, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijze had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven.

Binnen bekwame tijd wil zeggen een reactie “‘op korte termijn’, ‘met spoed’ of ‘binnen zo korte tijd als gegeven de omstandigheden in verband met zijn onderzoeksplicht van hem kan worden gevergd.’”³ Aldus is de lengte van de ‘bekwame tijd’ van de art. 6:89 en 7:23 BW vele malen korter dan de vijfjaarstermijn van art. 3:311 BW.

Enigszins onderbelicht in de literatuur tot dusverre is dat daarmee de vraag naar de ondergang van de bevoegdheid tot ontbinding of herstel wegens ‘stilzitten van de crediteur’ in het merendeel der gevallen niet door art. 3:311 BW zal worden beantwoord, maar door de art. 6:89 en 7:23 BW. Immers, als de crediteur zijn klacht niet binnen bekwame tijd uit, is zijn vordering terzake van dat gebrek vervallen, en is dus de verjaring krachtens art. 3:311 BW van de op die klacht te baseren rechtsvordering niet meer aan de orde. Als hij die klacht wél uit, dan moet het nogal merkwaardig lopen wil hij, ondanks zijn gebleken ‘rechtsbewustzijn’, vervolgens vijf jaar (in geval van koop: twee jaar (art. 7:23 lid 2))⁴ wachten met het juridische vervolg op die klacht.

2 HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384.

3 Aldus Tjittes, *Themis* 2007, p. 20 onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.

4 Meer dan vijf (of twee) jaar is niet helemaal zuiver gezegd, in die zin dat de vijfjaarstermijn niet gaat lopen op het moment waarop de klachttermijn afloopt, maar eerder, namelijk bij bekendheid met de tekortkoming.

24.1 Inleiding

De verjaring van een rechtsvordering kan op drie manieren worden gestuit, namelijk door: (i) het instellen van een rechtsvordering, alsmede door iedere daad van rechtsvervolgning van de zijde van de gerechtigde (art. 3:316 BW), door (ii) een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt (art. 3:317 BW) of door (iii) erkenning (art. 3:318 BW).

In het navolgende worden de art. 3:316 en 3:317 BW en een aantal bijzondere stuitingsproblemen besproken.

Het doel van stuiting is de schuldenaar een voldoende duidelijke waarschuwing te geven dat hij ook na ommekomst van de verjaringstermijn (i) de beschikking houdt over zijn bewijsmateriaal en (ii) bij de inrichting van zijn vermogenspositie rekening houdt met de mogelijkheid dat hij alsnog zal moeten nakomen.

Wij zagen hiervoor dat men de rechtvaardiging van verjaring er primair in moet zoeken dat tijdsverloop in tweeërlei opzicht de positie van de debiteur aantast: (i) zijn bewijspositie verzwakt en (ii) zijn vermogenspositie is steeds minder op nakoming ingesteld. De stuitingshandeling wil die ondermijning zoveel mogelijk teniet doen.

Ten aanzien van het eerste aspect is door de Hoge Raad overwogen:¹ “[Opmerking verdient] dat die woorden [“een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt”] moeten worden begrepen in het licht van de strekking van een stuitingshandeling van deze aard, welke blijkens Parl. Gesch. Boek 3, Inv. 3, 5 en 6, p. 1408, slot tweede alinea, neerkomt op een – voldoende duidelijke – waarschuwing aan de schuldenaar dat hij er, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijk alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren.”² Dit arrest ging in het bijzonder over de vereisten die aan de stuitingshandeling van art. 3:317 BW moeten worden gesteld, maar de gedachte is over de volle breedte van het leerstuk van de stuiting van toepassing.

¹ HR 14 februari 1997, *NJ* 1997, 244, r.o. 3.5.

² De Hoge Raad heeft deze lijn bestendigd in HR 25 januari 2002, *NJ* 2002, 169 en HR 1 december 2000, *NJ* 2001, 46.

Ook wil met de stuitingshandeling bereikt worden dat de schuldenaar bij de inrichting van zijn vermogenspositie onverkort rekening houdt met de mogelijkheid dat hij de vordering alsnog zal moeten nakomen. Deze tweede functie wordt in literatuur en rechtspraak onvoldoende belicht.

24.2 Art. 3:316 BW; welke daad van rechtsvervolging stuit?

Volgens art. 3:316 BW wordt de verjaring gestuit door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolging van de zijde van de gerechtigde. Bij beantwoording van de vraag welke daden vallen onder dat begrip “iedere andere daad van rechtsvervolging” is doorslaggevend of de betreffende handeling het de debiteur duidelijk maakt dat de crediteur zijn recht wenst uit te oefenen.

Het doel van de daad van rechtsvervolging is, in stuitingsrechtelijk opzicht althans, hetzelfde als dat van andere stuitingshandelingen: het gaat erom de schuldenaar een voldoende duidelijke waarschuwing te geven dat hij ook na ommekomst van de verjaringstermijn (i) de beschikking houdt over zijn bewijsmateriaal en (ii) bij de inrichting van zijn vermogenspositie rekening houdt met de mogelijkheid dat hij alsnog zal moeten nakomen.

Hiermee is direct duidelijk dat, bijvoorbeeld, het indienen van een tuchtklacht geen stuitende werking heeft. Uit die tuchtklacht blijkt immers niet direct dat de klager ook vermogensrechtelijk gevolg aan de vermeende onzorgvuldigheid wil verbinden. Hetzelfde geldt voor het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor, omdat ook daaruit de intenties van de crediteur niet per se duidelijk worden.

Wél een daad van rechtsvervolging in de zin van art. 3:316 zijn volgens de parlementaire geschiedenis het indienen van een verzoekschrift of het nemen van een conclusie in reconventie, de vermeerdering van eis, en de indiening van een vordering ter verificatie in het faillissement.³

Eveneens een daad van rechtsvervolging is bijvoorbeeld het leggen van executoriaal beslag (zie al HR 7 juni 1935 – er is geen reden thans anders te oordelen) en het indienen van een civiele vordering in het strafproces. Rechtbank Alkmaar⁴ overwoog te dien aanzien illustratief: “Door het indienen van een vordering in het strafproces tegen gedaagde terzake van het meermaal plegen van ontucht met een minderjarige, heeft eiseres onmiskenbaar te kennen gegeven dat zij schadevergoeding wenste van gedaagde. Het indienen bij de officier van justitie van een voegingsformulier met daarop een specificatie van een deel van de schade vormt een jegens (gedaagde) ingestelde eis.” Beekhoven van den boezem bepleit met kracht van argumenten dat ook de betekening van de afwijzende uitspraak in het executiegeschil de verjaring van de dwangsomvordering stuit.⁵

In zijn arrest van 15 april 2005⁶ overwoog de Hoge Raad in een arbeidsrechtelijke kwestie: “Het oordeel van het hof dat de vordering in de kortgeding-procedure tot doorbetaling van loon en schadevergoeding op de voet van art. 7:680 BW voor de toepassing van art. 3:316 lid 1 BW niet kan worden aangemerkt als een vordering tot schadevergoeding

³ MvA II, Parl. Gesch. 3, p. 934.

⁴ 11 januari 2006, *NJF* 2006, 370.

⁵ Beekhoven van den boezem, diss., p. 315.

⁶ *NJ* 2005, 484.

als bedoeld in art. 7:681 BW getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting, zodat de verjaring van de vordering tot schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag niet is gestuit.”

Nadere voorbeelden zijn elders in de literatuur te vinden.⁷ Ook de eerder geciteerde Duitse pendant van ons art. 3:316 BW⁸ kan ter inspiratie dienen.

De vraag kan zich voordoen of een daad van rechtsvervolgning door de debiteur in plaats van de crediteur terzake van de litigieuze vordering stuitende werking heeft. De Hoge Raad heeft die vraag ontkennend beantwoord. Dat evenwel een beroep op de verjaring door de debiteur gegeven zijn eigen instigerende handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid is, lijkt verdedigbaar.

Over het algemeen ligt het niet voor de hand dat de debiteur terzake van de litigieuze vordering een daad van rechtsvervolgning verricht, eenvoudig omdat hij daarbij in de regel geen belang heeft. Er zijn echter uitzonderingen. Men kan bijvoorbeeld denken aan de verklaring voor recht dat men niets verschuldigd is, en het aanhangig maken van een executiegeschil door de dwangsomdebiteur (de dwangsomdebiteur en niet de -crediteur maakt dit geschil aanhangig, omdat de dwangsomveroordeling de crediteur een executoriale titel verschaft).

In een kwestie waarin de verklaring voor recht aan de orde was, heeft de Hoge Raad bepaald dat de daad van rechtsvervolgning door de debiteur geen stuitende werking toekomt. Een vervoerder vorderde een verklaring voor recht dat hij niet of beperkt aansprakelijk was voor schade als gevolg van diefstal van het vervoerde. Voordat Interpolis, de crediteur onder de verzekeringspolis, van antwoord diende en een eis in reconventie instelde, was volgens de vervoerder de verjaringstermijn voltooid. Dat verjaringsberoep werd door Hof en Hoge Raad gehonoreerd. De Hoge Raad overwoog:

“Zoals ook het hof heeft overwogen, volgt uit de tekst van art. 3:316 BW en de wetsgeschiedenis (Parl. Gesch. Boek 3, blz. 932 e.v.) dat onder “het instellen van een eis” in dat artikel slechts is te begrijpen het instellen van een eis van de zijde van de gerechtigde (schuldeiser) en niet mede het geval dat de wederpartij (schuldenaar) een eis instelt welke ertoe strekt dat in rechte wordt vastgesteld dat de door de gerechtigde gepretendeerde vordering niet bestaat. Dat de ratio en strekking van de verjarings- en stuitingsregels tot een ander oordeel zouden moeten leiden, valt niet in te zien. Anders dan het onderdeel kennelijk veronderstelt, zijn ratio en strekking van genoemde regels niet daarin gelegen dat de zaak tijdig aan de rechter wordt voorgelegd.”

Inderdaad lijkt men art. 3:316 BW te buiten te treden door aan de daad van rechtshandeling van de debiteur stuitende werking toe te kennen. Er staat ondubbelzinnig “van de zijde van de gerechtigde” en de verwijzing naar de parlementaire geschiedenis snijdt ook hout.

Desalniettemin lijkt het uitgesproken onbevredigend het verjaringsberoep van de debiteur hier te honoreren. Bij verjaring krachtens een korte termijn ging het erom de debiteur te beschermen tegen (a) teloorgang van bewijs en (b) het overvallen worden door een vordering die hij niet meer verwachtte. Waar de debiteur zelf werk van de vordering maakt, doet

7 Zie met name (met nadere voorbeelden en verwijzingen) Janssen, *Advocatenblad* 2004. Zijn stuk heeft primair betrekking op art. 700 lid 3 Rv. (dat handelt over de vereiste van het instellen van een eis in de hoofdzaak in geval van beslag), maar is ook van belang voor art. 3:316 BW omdat daar dezelfde terminologie wordt gehanteerd.

8 § 18.2.3.

geen van die beide motieven opgeld. Aan die afwezigheid van een serieus te nemen debiteursbelang bij verjaring is nog toe te voegen dat ook de rechtvaardiging van verjaring jegens de crediteur – dat is in het normale geval: de crediteur zit gedurende lange tijd ‘verwijtbaar stil’ – hier ongebruikelijk problematisch is: waar de debiteur een procedure instigeert, wordt de urgentie van het handelen van de crediteur weggenomen. Dat hij na de actie van de debiteur zelf niet nader doet weten dat het hem met de vordering nog ernst is, anders althans dan door in de procedure verweer te voeren, valt hem dus niet te verwijten. Het is, integendeel, een zeer voor de hand liggende manier van (niet) doen.⁹

Niet al te ver weg is de associatie met de erkenning. De erkenning heeft stuitende werking (art. 3:318 BW). Bij erkenning gaat het evenmin om een uiting van de crediteur, maar van de debiteur. Erkenning heeft stuitende werking, niet omdat de crediteur zijn intenties doet weten, maar omdat het handelen van de debiteur de eigen stuitingshandeling van de crediteur overbodig maakt.

De enige weg waarlangs men aan het voorgaande gevolg kan verbinden, veronderstellen-de dat inderdaad art. 3:316 BW voor het toekennen van stuitende werking aan de daad van rechtsvervolgning door de debiteur geen ruimte biedt, lijkt mij art. 6:2 lid 2 BW te zijn: de debiteur handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid door zich, na zelf terzake van de litigieuze vordering een daad van rechtsvervolgning te hebben verricht, op verjaring te beroepen.

Die stelling is door Interpolis in het besproken arrest inderdaad betrokken. Het hof heeft haar evenwel verworpen en de Hoge Raad verwerpt het tegen dat oordeel gerichte middel: “De rechtsklacht neemt tot uitgangspunt a) dat de gerechtigde, indien zijn wederpartij de vordering reeds aan de rechter heeft voorgelegd op de wijze als Van Reenen heeft gedaan, erop mag vertrouwen dat de rechter zich over de vordering zal uitspreken en b) dat in een dergelijk geval geheel is voldaan aan de (...) ratio en strekking van de verjarings- en stuitingsregels. Het een noch het ander kan evenwel als juist worden aanvaard. Anders dan het onderdeel betoogt, geeft het bestreden oordeel van het hof dan ook geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.”

Deze motivering overtuigt nauwelijks. Wat a) betreft lijkt het mij toch voor de hand te liggen dat de rechter zich wél over de vordering uitspreekt. In ieder geval is het zo dat partijen over de vordering in debat geraken en meer is wat mij betreft voor de stuiting niet nodig. Wat b) betreft: hiervoor werd uiteengezet dat juist wél is voldaan aan de “ratio en strekking van de verjarings- en stuitingsregels” – zie dus nader het voorgaande betoog.

Een omstandigheid die kan hebben bijgedragen aan de naar mijn oordeel zwakke overweging van de Hoge Raad, kan gelegen zijn in de stellingen van Interpolis en de Conclusie A-G. Interpolis verdedigt, zo leest de Hoge Raad althans het middel, dat de ratio van verjarings- en stuitingsregels erin is gelegen dat “de zaak tijdig aan de rechter wordt voorgelegd”. Dat is inderdaad niet juist. De Hoge Raad lijkt zich te hebben beperkt tot de negatieve beoordeling van die stelling en zich niet te hebben afgevraagd of eventueel aan de wél geldende ratio wél was voldaan.

De Conclusie A-G, belangrijker wellicht, begint met de naar mijn mening ongelukkige observatie dat het hier een termijn betreft die in het teken staat van de boven het concrete

⁹ Ik vind steun voor mijn stelling bij Beekhoven van den Boezem, diss., p. 313: “In het hier besproken geval heeft de debiteur echter aan een waarschuwing terzake geen behoefte: hij heeft immers zelf besloten het debat omtrent het bestaan van de vordering in volle omvang aan de rechter voor te leggen. Waar een waarschuwing geen doel dient, zou die door de wet ook niet moeten worden geëist.”

geval uitstijgende rechtszekerheid. Die conclusie lijkt mij onjuist: de éénjarige verjaringstermijn in het vervoerrecht bestaat zonder meer primair in het belang van de debiteur. Dat de termijn een objectief bepaald aanvangsmoment heeft, vermag aan die conclusie niet af te doen. Als we eenmaal op het dwaalspoor van de 'boven het individuele belang gelegen rechtszekerheid' geraken, is het juiste pad nauwelijks nog terug te vinden, omdat het ons in feite verboden is overwegende betekenis toe te kennen aan wat in de individuele verhouding rechtvaardig is – er is immers nog dat 'hogere belang' -, terwijl daar wat mij betreft nu juist wél doorslaggevende betekenis aan toekomt.¹⁰

De tweede passage in de Conclusie die bij mij bedenkingen oproept is de volgende over de strekking van verjarings- en stuitingsregels: "Die ratio en strekking brengen immers mee dat de schuldenaar na verloop van tijd niet meer behoort te kunnen worden gedwongen tot een debat over het ontstaan zijn of nog voortbestaan van de door de schuldeiser gestelde verplichting (met de aan een dergelijk debat verbonden problemen in verband met bewijslast en bewijsrisico) waarvan deze nakoming vordert ingeval de schuldeiser niet tijdig (dat wil zeggen voor afloop van de verjaringstermijn) en duidelijk heeft laten blijken dat hij aanspraak maakt op zijn recht. Dat de schuldenaar zelf de rechter heeft geadieerd met een vordering tot verklaring voor recht – kort gezegd – dat de door de schuldeiser gepretendeerde vordering niet bestaat, een vordering die overigens ook ertoe kan strekken om zekerheid te verkrijgen over de verjaring, is in dat verband niet van belang."

Ten eerste is onduidelijk waar in dit citaat het eerder aangekondigde algemeen belang is gebleven – kennelijk gaat het ook de A-G bij nader inzien primair om het belang van de debiteur. Belangrijker is dat door na het woord "ingeval" eenvoudig te poneren dat het er om gaat dat de crediteur duidelijk heeft laten blijken dat hij aanspraak maakt op het recht, de A-G zonder werkelijk motivering plotseling het hele probleem naar huis schrijft. Natuurlijk, als men vooropstelt dat vereist is dat de crediteur heeft laten blijken dat hij aanspraak maakt op zijn recht, dan is gegeven dat niet van belang is dat de schuldenaar de rechter heeft geadieerd. Maar het ging ons nu juist om de vraag óf en zo ja waaróm het nodig is dat de crediteur laat weten dat het hem nog ernst is, als het belang van de debiteur dat niet meer vergt nu hij zélf het spel op de wagen heeft gesteld.

Tot slot van bespreking van het arrest verdient nadruk, voor zover er verwarring mocht bestaan, dat mijn opvatting over de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het onderhavige geval (vooralsnog) bepaald geen geldend recht is – zie immers het arrest. Ook in de literatuur is het geen uitgemaakte zaak; bijvoorbeeld Haak stemt in zijn noot van harte met de uitspraak in en Beekhoven van den Boezem, die als ik het goed zie op zichzelf dezelfde opvatting is toegedaan als ik, meent dat de Hoge Raad hier, gegeven nu eenmaal de tekst van de wet, niet anders had kunnen beslissen.¹¹ Haar aanbeveling aan de crediteur om toch gewoon te stuiten, zij hier dus met nadruk herhaald.

Dat een rechter in een kwestie als de onderhavige ook anders kan beslissen dan de Hoge Raad in zijn hiervoor besproken arrest deed, zien wij in Hof Amsterdam 3 januari 1991:¹² daar had de dwangsomdebiteur een executiegeding aanhangig gemaakt en rees de vraag of die daad van rechtsvervolging de verjaring van de dwangsomvordering stuitte.

10 Ik heb dus bedenkingen bij de Conclusie, maar bijvoorbeeld Haak schrijft in zijn noot: "In navolging van de heldere en overtuigende conclusie van de A-G tot verwerping van het beroep kan de Hoge Raad in het afwijzen van de cassatieonderdelen kort zijn".

11 Beekhoven van den Boezem, diss., p. 313.

12 *NJ* 1992, 112. Zie ook over deze uitspraak, deels instemmend, deels kritisch, Beekhoven van den Boezem, diss., p. 311.

Het Hof overweegt “dat het onderhavige executiegeschil tot hetzelfde resultaat moet leiden als in het geval dat [de dwangsomcrediteur] haar aanspraken in rechte geldend had gemaakt (...)”. De argumenten voor mijn instemming met deze uitspraak gaf ik hiervoor.

24.3 Art. 3:317 BW; de aan de mededeling te stellen eisen

Hiervoor¹³ werd de Hoge Raad geciteerd inzake de vraag wanneer een schriftelijke uiting een mededeling in de zin van art. 3:317 BW is. Na de uitspraak waaruit dat citaat stamt, heeft hij een arrest gewezen¹⁴ dat aanleiding geeft te veronderstellen dat bij de uitleg van de schriftelijke mededeling in de zin van art. 3:317 BW de Haviltex-maatstaf geldt. Ondanks die weinig formalistische benadering van de Hoge Raad is het aan te bevelen in de stuitingsbrief zo nauw mogelijk aan te sluiten bij de tekst van de wet. Het lijkt zelfs verstandig expliciet te verwijzen naar art. 3:317 BW.

De reden hiervoor is dat een blik op de lagere rechtspraak de indruk wekt dat feitenrechters soms geneigd zijn de stuitingshandeling veel enger uit te leggen dan de Hoge Raad. In het tweede deel van dit boek gaf ik hiervan vijf voorbeelden.¹⁵ Zie ook overigens meer in detail over de uitleg van art. 3:317 BW het tweede deel van dit boek.¹⁶

24.4 De stuitende werking van onderhandelingen

De Hoge Raad heeft bepaald dat onderhandelingen op zichzelf de verjaring niet stuiten: ook als partijen in onderhandeling zijn, geldt dat voor stuiting van de verjaring een schriftelijke aanmaning of een schriftelijke verklaring is vereist waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt (art. 3:317 BW). Maar: als tussen partijen in het kader van de onderhandelingen correspondentie is gevoerd, en dat zal veelal zo zijn, zal men de door de benadeelde in dat kader gedane uitingen over het algemeen kunnen kwalificeren als verklaringen in de zin van art. 3:317 BW, zodat in de meeste gevallen de regel dat de onderhandelingen op zichzelf de verjaring niet stuiten, van geen betekenis is. Toch doet de praktijkjurist er goed aan voor de zekerheid ook een stuitingsbrief te sturen die aansluit bij de tekst van art. 3:317 BW.

In het tweede deel van dit boek werd uitvoerig ingegaan op het arrest waarin de Hoge Raad bepaalt dat aan onderhandelingen op zichzelf geen stuitende werking toekomt (HR 1 februari 2002¹⁷).¹⁸ Het arrest werd bekritiseerd¹⁹ en bovendien werd gesuggereerd hoe de Hoge

¹³ §24.1.

¹⁴ HR 24 november 2006, *NJ* 2006, 642; zie nader § 18.7.1.

¹⁵ Deel § 18.7.2.

¹⁶ Deel § 18.7.

¹⁷ *NJ* 2002, 195.

¹⁸ Zie § 18.8.

Raad zou kunnen redeneren om voortaan aan onderhandelingen wél stuitende werking toe te kennen.²⁰

Mocht de crediteur hebben nagelaten tijdens de onderhandelingen een nadrukkelijke stuitingsmedeling te doen, dan kan hij bepleiten dat enige andere schriftelijke mededeling in het kader van die onderhandeling moet worden opgevat als een stuitende mededeling in de zin van art. 3:317 BW.²¹ Twee kanttekeningen bij die suggestie. Ten eerste. Men moet er rekening mee houden dat niet voor alle feitenrechters de ‘escape’ uit HR 1 februari 2002 via de stuitende werking van de schriftelijke mededeling even vanzelfsprekend is. De Hoge Raad heeft aan de overweging dat onderhandelingen *op zichzelf* niet stuiten toegevoegd de opmerking dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn zich tijdens de onderhandelingen op verjaring te beroepen. Die frase suggereert de rechter zijn beslissing te plaatsen in de sleutel van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dat is voor de eiser bepaald niet zonder risico: het passeren van een regel onder aanvoering van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is reeds in het algemeen een stap die rechters (terecht) niet snel zetten, maar is hier wel in het bijzonder lastig omdat geheel onduidelijk is welke omstandigheden het verjaringsberoep in strijd met de redelijkheid en billijkheid doen zijn (zie hierover nader de volgende paragraaf). Het is daarom van belang het processuele debat goed te sturen door expliciet de stuitende werking van enige schriftelijke mededeling in het kader van de onderhandelingen aan te voeren en te adstrueren.

Ten tweede: niettegenstaande hetgeen hiervoor werd opgemerkt, is het een noodgreep te moeten verdedigen dat een willekeurige schriftelijke mededeling in het kader van de onderhandelingen stuitende werking toekomt. Veel eenvoudiger is het een beroep te kunnen doen op een tweeregelig stuitingsbriefje dat de bewoordingen van art. 3:317 BW bevat en bovendien nog naar dat artikel verwijst. Het is dus verstandig dat briefje te sturen en het moment waarop dat moet geschieden goed te administreren.

24.5 Stuiting wegens erkenning door verzekeraar

Wanneer de debiteur de beoordeling en beslissing van zijn aansprakelijkheid aan zijn verzekeraar overlaat en hij zulks aan de benadeelde te kennen geeft, mag de benadeelde de verzekeraar als vertegenwoordiger van de debiteur beschouwen. In dat geval stuit de erkenning van aansprakelijkheid door de verzekeraar de verjaring.

Deze op zichzelf voor de hand liggende regel volgt uit HR 13 december 2002.²² Het arrest had weliswaar betrekking op erkenning krachtens oud recht (art. 2019 oud BW) maar er is geen reden naar huidig recht anders te oordelen. Het volgende was aan de orde.

Een patiënte spreekt haar arts aan tot schadevergoeding wegens een medische fout. De arts antwoordt: “(...) Uw brief d.d. 23 mei 1989 werd door mij in goede orde ontvangen. Alle in het Ziekenhuis werkzame medische specialisten hebben via de Stichting Ziekenhuis hun aansprakelijkheidsverzekering ondergebracht bij Winterthur Verzekeringen te Amster-

19 § 18.8.2.

20 § 18.8.3.1.

21 Ik heb de begaanbaarheid van die weg beargumenteerd in § 18.8.3.1.

22 *NJ* 2003, 212.

dam. Ook mijn aansprakelijkheidsverzekering is (...) ondergebracht bij bovengenoemde maatschappij. Vriendelijk zou ik U willen verzoeken in overleg met bovengenoemde maatschappij het een en ander op de gebruikelijke manier af te wikkelen.”

De patiënte dagvaardt de arts bij exploit van 15 juni 1994. De arts beroept zich op verjaring. De rechtbank verwerpt dat beroep: “Onder deze omstandigheden [gedoeld wordt op de hiervoor geciteerde brief – JLS] wordt de lopende verjaring van de vordering tot schadevergoeding van Olifiers op B. gestuit door een eventuele erkenning van die aansprakelijkheid door Winterthur jegens (de raadsman van) Olifiers.” Het hof komt tot een overeenkomstig oordeel. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van de hiertegen gerichte klacht: “[Het onderdeel – JLS] baseert een rechts- en een motiveringsklacht op de stelling dat stuiting van verjaring door erkenning, zoals voorzien in artikel 2019 (oud) BW, dient te geschieden door degene zèlf tegen wie de verjaring loopt en niet (althans niet zonder meer) door degene aan wie degene tegen wie de verjaring loopt, de beoordeling en beslissing omtrent zijn aansprakelijkheid heeft overgelaten. Deze stelling is evenwel onjuist. Niet valt in te zien, waarom een dergelijke erkenning niet door een vertegenwoordiger kan geschieden. Het onderdeel faalt derhalve.”

Men trekke uit het voorgaande niet de conclusie dat per definitie de verzekeraar zijn verzekerde vertegenwoordigt. Doorslaggevend is, conform de hoofdregel bij opgewekte schijn van vertegenwoordiging, of de verzekerde zich op een zodanige wijze heeft gedragen dat de wederpartij mag veronderstellen dat zijn verzekeraar bevoegd is hem te vertegenwoordigen.²³ In het genoemde arrest van 13 december 2002 is dat gelet op de geciteerde brief van de arts aan de patiënte wél het geval. Hof Den Bosch 30 juli 1997,²⁴ dat ook de vraag naar stuiting door de verzekeraar betreft, is een voorbeeld van een geval waar de rechter dat niet wil aannemen: “Het hof deelt voorts het oordeel van de rechtbank dat de enkele mededeling eind 1990 van Van Son aan BV 25 dat zij een duplicaat van haar aansprakelijkstelling door BV 25 aan de Europeesche had toegezonden niet als een zodanige gedraging van Van Son kan worden beschouwd dat BV 25 op grond daarvan mocht aannemen dat de Europeesche gerechtigd was Van Son terzake die aanspraak te vertegenwoordigen. De enkele omstandigheid dat het niet ongebruikelijk is dat een verzekerde de afwikkeling van een aanspraak op schadevergoeding overlaat aan haar verzekeringsmaatschappij, doet daaraan niet af. (...)”

De conclusie is derhalve dat de handeling van de verzekeraar de verjaring niet heeft gestuit. Overigens is het niet alleen “niet ongebruikelijk” dat een verzekerde de afwikkeling overlaat aan zijn verzekeraar, maar is die gang van zaken standaard omdat hij daartoe over het algemeen op grond van de polis verplicht is.

24.6 Werkt stuiting van een deel voor het geheel?

De vraag kan zich voordoen of stuiting van wat men heel ruw “een onderdeel van de vordering” zou kunnen noemen, stuitende werking heeft voor de gehele vordering. Ten eerste is te denken aan de situatie waarin de debiteur aansprakelijkheid heeft erkend, maar niet de hoogte van de schade. Beslist is dat die erkenning stuitende

²³ Zie HR 10 januari 1992 *NJ* 1992, 606.

²⁴ *V/R* 1998, 70.

werking heeft, ook als achteraf over de hoogte van de schade geen overeenstemming wordt bereikt.

Zo volgt uit HR 13 december 2002:²⁵ “In de vaststelling van het Hof ligt besloten dat de erkenning mede inhield dat B. gehouden was tot schadevergoeding, zij het dat partijen het nog niet eens waren over de omvang daarvan. Een dergelijke erkenning stuit ingevolge het hier toepasselijke artikel 2019 (oud) BW de verjaring van de betreffende rechtsvordering, ook voor het geval ter zake van de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding uiteindelijk geen overeenstemming wordt bereikt (vgl. HR 10 april 1998, nr. 8953, R97/018, *NJ* 1998, 639).”

De juistheid van dit oordeel is eenvoudig te adstrueren met verwijzing naar de ratio van stuiting: de benadeelde zal redelijkerwijze na erkenning van aansprakelijkheid niet hebben gedacht dat daarmee de kous wel af zou zijn. Hij moet zich, integendeel, hebben gerealiseerd dat die erkenning de opmaat vormde voor een discussie over de hoogte van de schade, en dat het dus noodzakelijk was zijn bewijs- en vermogenspositie te verzekeren. In dit verband is nog op te merken dat in de schaderegelingspraktijk vaak aansprakelijkheid wordt erkend zonder dat partijen het al eens zijn over de omvang van de schadevergoeding.

Ten tweede kan men zich afvragen of dagvaarding (die krachtens art. 3:316 BW een stuiting constitueert) voor een deel van de schade ook stuitende werking heeft ten aanzien van het resterende deel van de schade. De Hoge Raad heeft beslist dat zolang de resterende schade wordt gevorderd op basis van dezelfde feitelijke en juridische grondslag als het bij dagvaarding gevorderde deel van de schade, de dagvaarding ook ten aanzien van de resterende schade stuitende werking heeft. Over de juistheid van dat oordeel kan men twijfelen.

De bedoelde beslissing werd genomen in HR 23 mei 1997.²⁶ In die zaak vordert de eiser vergoeding van bepaalde schade als gevolg van een mislukte transactie. Bij inleidende dagvaarding van 13 januari 1983 vordert zij aan aantal posten, waaronder opslagkosten, renteverlies, koersverlies en winst die zij had gederfd doordat zij gedurende enige tijd in de onmogelijkheid heeft verkeerd haar werkkapitaal op andere wijze aan te wenden. Zij vermeerdert haar eis tot vergoeding van “gederfde winst als gevolg van verkoop tegen lagere prijzen”, bij memorie van grieven van 23 februari 1995. De aangesproken partij betoogt dat die laatste vordering verjaard is. Het hof vond dat ook, maar de Hoge Raad oordeelde anders: “Het middel strekt onder meer ten betoge dat het Hof, aldus oordelende, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te miskennen dat de verjaring door het uitbrengen van de inleidende dagvaarding is gestuit. Door het vermeederen van haar eis heeft BWW, aldus het middel, niet een nieuwe rechtsvordering ingesteld, die voor de beantwoording van de verjaringsvraag opnieuw aan de desbetreffende wettelijke bepalingen moest worden getoetst. Dat betoog is juist. In geval een eiser in de loop van het geding zijn eis vermeerdert en de verweerder zich tegen de aldus bij wege van vermeederen van eis ingestelde vordering beroept op verjaring, hangt het tijdstip waarnaar moet worden

25 *NJ* 2003, 212.

26 *NJ* 1997, 531. Zie over het arrest in beschrijvende zin Du Perron, *Bb* 1997, p. 138 en, kritisch, met name vanwege de door de Hoge Raad gehanteerde terminologie: Bruning, *NbBW* 1997, p. 92.

beoordeeld of dit verweer doel treft, daarvan af of de aldus ingestelde vordering al dan niet moet worden aangemerkt als een nieuwe rechtsvordering; in het eerste geval is voor de vraag of zij tijdig is ingesteld, het tijdstip van de eisvermeerdering beslissend, in het tweede geval dat van de rechtsingang. Van een nieuwe vordering is geen sprake indien de bij wege van vermeerdering van eis ingestelde vordering berust op dezelfde juridische en feitelijke grondslag als de vordering waarmee het geding was ingeleid (vgl. HR 12 november 1965, *NJ* 1966, 58, HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495)."

Deze uitspraak lijkt mij niet juist. Bij de stuïting gaat het erom dat de schuldenaar ervan bewust raakt dat hij zijn bewijspositie moet bewaren en zijn vermogenspositie onverkort op de nakoming moet inrichten. Het procesrechtelijke onderscheid tussen een nieuwe of een niet nieuwe rechtsvordering sluit niet bij dat doel aan. Bepaald niet gezegd is immers dat van de inleidende dagvaarding het signaal uitgaat dat de debiteur tevens onverkort met betaling van het later bij vermeerdering van eis alsnog gevorderde restant rekening moet houden. Integendeel, als op een bepaalde juridische en feitelijke grondslag een vordering wordt ingesteld, zal de debiteur geneigd zijn te veronderstellen dat het verder wel bij die vordering zal blijven en zal hij dus zijn bewijs- en vermogenspositie ten aanzien van het meerdere niet verzekeren.

Zo zal in de onderhavige zaak de aangesprokene met de ruim 12 jaar na de inleidende dagvaarding te berde gebrachte schadepost geen rekening meer hebben gehouden. Dat is uit oogpunt van zijn bewijspositie bezwarend, omdat met het enkele feit dat de vordering dezelfde feitelijke *grondslag* berust, niet gezegd is dat hij ten aanzien van de nieuw gevorderde post geen apart feitelijk verweer zou hoeven voeren. Het zal erom gaan of de nieuw gevorderde schadepost bestaat – moest de eiser zijn producten tegen een lagere prijs verkopen of niet? – en dat is een debat met geheel eigen bewijsmiddelen. Ook uit oogpunt van de planning van zijn vermogenspositie is de eisvermeerdering bezwarend, omdat hij die niet meer op nakoming van de extra gevorderde schade heeft ingericht.

Helaas, ben ik dus geneigd te zeggen, is echter inmiddels HR 23 mei 1997 vaste rechtspraak. Zie bijvoorbeeld HR 19 februari 1999,²⁷ waar een variant van het probleem aan de orde is. Het meerdere wordt daar niet gevorderd bij vermeerdering van eis, maar bij een tweede dagvaarding: V. heeft van H. f 175 000 te vorderen. In de veronderstelling dat H. slechts voor f 95 000 verhaal biedt, vordert V. bij dagvaarding van 27 juli 1990 f 95 000 schadevergoeding. Onder andere staat in de dagvaarding: "De door eiser geleden schade is groter dan f 95 000, doch eiser beperkt zijn vordering thans tot dat bedrag onder voorbehoud van zijn rechten op het meerdere". Later blijkt dat H. ook voor het meerdere verhaal biedt, zodat V. H. bij exploit van 17 mei 1994 opnieuw dagvaardt, nu tot betaling van het restant van de vordering. Uitgangspunt is dat de verjaring begin 1987 een aanvang heeft genomen. Als de eerste dagvaarding (die van 27 juli 1990) stuitende werking heeft ten aanzien van het resterende deel, dan zou de vordering betreffende dat resterende deel ten tijde van de tweede dagvaarding (die van 17 mei 1994) nog niet zijn verjaard. Zou de eerste dagvaarding die stuitende werking niet hebben, dan is het resterende deel ten tijde van de tweede dagvaarding wel verjaard. De Hoge Raad overweegt: "Wanneer een eiser bij dagvaarding een deel van de vergoeding van door hem geleden schade vordert en nadien bij een tweede dagvaarding van dezelfde gedaagde een ander deel van de vergoeding van diezelfde schade vordert, en de tweede vordering berust op dezelfde feitelijke en juridische grondslag als de eerste, geldt de eerste dagvaarding als een daad van rechtsver-

27 *NJ* 2000, 328.

volging, die de verjaring stuit, ook met betrekking tot het bij de tweede dagvaarding gevorderde (vgl. HR 23 mei 1997, nr. 16266, *NJ* 1997, 531)."

Aldus luidt de conclusie dat de eerste dagvaarding stuitende werking heeft gehad. Opnieuw mijn bedenking: bij de stuiting gaat het erom dat de schuldenaar ervan bewust raakt dat hij zijn bewijspositie moet bewaren en zijn vermogenspositie onverkort op de nakoming moet inrichten. Bepaald niet gezegd is dat van de eerste dagvaarding het signaal uitgaat dat de debiteur tevens onverkort met betaling van het bij de tweede dagvaarding gevorderde restant rekening moet houden. Integendeel, als op een bepaalde juridische en feitelijke grondslag een vordering wordt ingesteld, zal de debiteur geneigd zijn te veronderstellen dat het verder wel bij die vordering zal blijven en zal hij dus zijn bewijs- en vermogenspositie ten aanzien van het meerdere niet verzekeren.

Het voorgaande geldt uiteraard niet als de eiser bij zijn eerste rechtsvordering duidelijk maakt onverkort aanspraak te maken op het meerdere. Precies dat is wat de eiser in zijn dagvaarding bij HR 19 februari 1999 doet; zie de hiervoor geciteerde passage. Dat *voorbehoud* doet de gedaagde weten dat hij zijn positie moet verzekeren ten aanzien van het meerdere, veel meer dan de eerste dagvaarding *sec* (wij zien ook dat de rechtbank en het hof hun beslissing baseren op de al dan niet stuitende werking van het voorbehoud van recht en niet op de eerste dagvaarding *als zodanig*). De uitkomst van het arrest bevredigt daardoor wel.

Ook meer recentelijk heeft de Hoge Raad zijn arrest van HR 23 mei 1997 nog bevestigd, te weten in HR 8 oktober 2004.²⁸ Een afnemer vordert schadevergoeding van zijn leverancier wegens ondeugdelijkheid van het geleverde materiaal. In hoger beroep wijzigt de afnemer de grondslag van zijn vordering in die zin dat hij haar niet langer op de ondeugdelijkheid van het materiaal baseert, maar op de onjuistheid van het aan hem door de leverancier verstrekte verwerkingsvoorschrift ten aanzien van het materiaal. De leverancier verweert zich daartegen met een beroep op verjaring, stellende, onder verwijzing naar HR 23 mei 1997, dat sprake is van een nieuwe rechtsvordering. De Hoge Raad geeft goedkeuring aan het hofoordeel dat die stelling onjuist is, omdat slechts sprake is van een geringe wijziging van de feitelijke grondslag. De Hoge Raad begint zijn instemmende overwegingen met herhaling van en verwijzing naar zijn arrest van 23 mei 1997.

Het is goed te begrijpen dat de Hoge Raad de zaak zo afdoet. Het hof had de zaak aan HR 23 mei 1997 getoetst, en geoordeeld dat niet aan de voorwaarde van dat arrest voldaan was. Dat Hoge Raad keurt dat oordeel goed en terecht: er is geen nieuwe rechtsvordering. Maar het hof neemt wat mij betreft wel een beetje een omweg. Het beroep op HR 23 mei 1997 namelijk, doet erg geforceerd aan omdat dat arrest op een geheel andere situatie ziet. HR 23 mei 1997 gaat over het geval waarin de eiser zijn oorspronkelijke vordering *vermeerdert*. De vraag is dan of dat "meerdere" verjaard is. Maar hier wordt de eis niet vermeerderd. De vraag naar de verjaring van "het meerdere" doet zich dus helemaal niet voor. Wat er gebeurt, is dat gedurende de procedure een verschuiving in de feitelijke grondslag van de vordering plaatsvindt. Of dat is toegestaan, lijkt mij veeleer een probleem van de goede procesorde dan van verjaring. Misschien was het dus scherper geweest als het hof, in plaats van te toetsen aan HR 23 mei 1997, had geoordeeld dat HR 23 mei 1997 hier gewoon niet aan de orde is.

Wat daarvan ook zij, het ging mij er met de verwijzing naar HR 8 oktober 2004, en naar HR 19 februari 1999, met name om te laten zien dat HR 23 mei 1997 vaste voet aan

28 *NJ* 2004, 659.

de grond heeft gekregen.²⁹ Om de redenen die ik in deze paragraaf heb uiteengezet, wordt daarmee de praktijk geconfronteerd met een regel waarvan de inhoudelijke rechtvaardiging niet goed valt te zien.

Volgens art. 3:319 lid 1 BW is het gevolg van stuitingshandelingen als bedoeld in de art. 3:316, 3:317 en 3:318 BW dat een nieuwe termijn begint te lopen. De nieuwe termijn bedraagt ten hoogste vijf jaar (art. 3:319 lid 2 BW)

De nieuwe termijn gaat dus lopen op het moment van de stuitingshandeling en *niet* op het moment waarop de oude termijn afloopt. Als de oude termijn afloopt op 15 maart en stuiting plaatsvindt op 15 februari van datzelfde jaar, vangt dus 15 februari de nieuwe termijn aan. Dit wordt in de praktijk soms onvoldoende beseft, met alle fatale gevolgen van dien.

24.7 Werkt stuiting ten behoeve van regresnemers?

Wanneer een vordering door de oorspronkelijk benadeelde is gestuit en vervolgens een derde uit hoofde van subrogatie of zelfstandig wettelijk recht regresgerechtigde tot die vordering wordt, rijst de vraag of de stuiting door de oorspronkelijk benadeelde tevens werkt ten behoeve van die regresgerechtigde. In geval van regres krachtens subrogatie kan de regresnemer inderdaad van die stuiting profiteren, onder andere omdat de regresnemer ten aanzien van de vordering in de juridische voetsporen treedt van zijn voorganger. Ook in geval van regres krachtens zelfstandig wettelijk recht lijkt het aannemelijk dat stuiting door de direct benadeelde werkt ten behoeve van de regresnemer.

In geval van *regres krachtens subrogatie* vloeit die conclusie voort uit het feit dat de regresgerechtigde in de juridische schoenen treedt van de direct benadeelde; die direct benadeelde was gerechtigd tot een gestuite vordering, dus is diens regresnemende opvolger dat ook.

Aan dat technische argument kan nog een meer op de ratio van de stuitingshandeling geïnspireerde overweging worden toegevoegd. De stuitingshandeling strekt ertoe de debiteur te laten weten dat het de crediteur nog ernst is met zijn vordering. Op het eerste gezicht lijkt die constatering juist te pleiten tegen de conclusie dat die stuitingshandeling van de direct benadeelde ook werkt ten behoeve van diens opvolger: slechts de direct benadeelde heeft te kennen gegeven dat het hem nog menens is; de gesubrogeerde nog niet. De stuitingshandeling van de direct benadeelde zegt strikt beschouwd niets over de intenties van de gesubrogeerde, zodat pleitbaar lijkt dat door de subrogatie de betekenis van de stuitingshandeling verdampt. Toch is die opvatting uiteindelijk niet houdbaar, omdat voor de gewijzigde verwachtingen van de debiteur die zij veronderstelt – “dat de direct benadeelde

29 Aan die opsomming kan overigens nog worden toegevoegd HR 26 oktober 2007, *NJ* 2007, 578. Het Hof had daar de geoordeeld dat de oorspronkelijke vordering op een andere feitelijke grondslag berustte dan de vermeerdering van eis. De Hoge Raad vond dat oordeel voldoende gemotiveerd. Doordat sprake was van een andere feitelijke grondslag, manifesteerde zich het in de hoofdtekst bedoelde gebrek van de Hoge Raad-formule zich niet.

zijn vordering wilde doorzetten wist ik, maar misschien geldt dat niet voor diens opvolger” – welbeschouwd geen redelijke grond bestaat. Waarom zou immers de regresgerechtigde afstand doen van recht door een vordering die zijn voorganger nog geldend kon maken niet geldend te willen maken?

Zie voor een illustratie van de opvatting dat de stuitingshandeling van de direct benadeelde werkt ten behoeve van de gesubrogeerde Hof Den Haag in zijn arrest van 25 mei 1955,³⁰ waarbij het niet tijdige stuiten door een verzekerde zelfs werd beschouwd als een toerekenbare tekortkoming jegens de verzekeraar als bedoeld in (thans) art. 6:145 BW. In de rechtspraak en literatuur is de hier verdedigde opvatting overigens ook wel afgewezen.³¹

In geval van *regres krachtens zelfstandig wettelijk recht* is de juridisch-technische redengeving om stuiting door de direct benadeelde ook ten behoeve van de regresnemer te laten werken niet geldig. Het is daar immers niet zo dat de regresnemer de direct benadeelde opvolgt; hij ageert nu juist krachtens een eigen, zelfstandig recht. Om twee redenen moet toch ook hier de conclusie luiden dat de stuiting ook ten behoeve van de regresnemer werkt.

In de eerste plaats doet ook hier opgeld het hiervoor in het kader van subrogatie uitgewerkte argument dat was gebaseerd op de ratio van de stuiting: er is voor de debiteur geen aanleiding de kans dat hij zijn vordering nog moet voldoen geringer in te schatten naar aanleiding van het enkele feit dat aan de crediteurszijde de direct benadeelde plaats maakt voor een krachtens eigen recht agerende verzekeraar.

Het tweede argument houdt verband met de zwakke inhoudelijke rechtvaardiging van onderscheid in rechtsgevolgen tussen enerzijds regres krachtens subrogatie en anderzijds regres krachtens zelfstandig wettelijk recht;³² als bij subrogatie de stuiting werkt ten behoeve van de regresnemer, is er geen goede reden een andere regel te doen gelden voor regres krachtens zelfstandig wettelijk recht.

Dat argument van unificatie is door de Hoge Raad in zijn arrest van 1 april 2005³³ ook gehanteerd waar hij zijn beslissing motiveert om de werking van de relatieve termijn ten aanzien van het zelfstandig wettelijk verhaalsrecht gelijk te stellen aan die bij subrogatie: “Dit [die “gelijkschakeling” – JLS] wordt mede hierdoor gerechtvaardigd dat aldus geen moeilijk te verklaren verschil bestaat met de situatie waarin degene die de door de getroffen geleden schade heeft vergoed en op grond van artikel 284 WvK wordt gesubrogeerd in diens vordering op de aansprakelijke persoon (...)”. Dat “moeilijk te verklaren verschil” zou bij het onderhavige probleem wel ontstaan als stuiting door de oorspronkelijk benadeelde stuitende werking ten behoeve van de regresgerechtigde krachtens zelfstandig wettelijk recht werd ontzegd.

Problematisch is overigens wel hoe men de hier voorgestane oplossing dogmatisch verklaart. Het gaat bij het zelfstandig verhaalsrecht om een vordering die ontstaat op het moment dat de verzekeraar tot uitkering overgaat. Hoe is te verdedigen dat een vordering

30 S&S 1958, 32.

31 De Bosch Kemper, Gruben (2003), p. 77 maken melding van een ongepubliceerde uitspraak van de Rechtbank Den Haag (van 2 mei 1990), waar werd geoordeeld dat de stuiting door de direct benadeelde niet werkt ten behoeve van de gesubrogeerde. Zij schrijven over deze uitspraak: “de oorspronkelijk benadeelde en de rechtverkrijgende benadeelde zijn niet te vereenzelvigen en moeten elk hun eigen vordering bewaken”.

32 Zie hierover uitgebreid Van Boom, Storm, *A&V* 1995, p. 149 e.v.

33 *RvdW* 2005, 50, waarover nader § 22.2.4.1.

die (i) op het moment van stuiting nog niet eens bestond, (ii) door een niet tot die vordering gerechtigde is gestuit? De eerste horde is nog te nemen: men kan ook de verjaring van toekomstige vorderingen stuiten. Maar hoe te construeren dat de direct benadeelde ten behoeve van de regresnemer stuit? Een vertegenwoordigingsverhouding zou uitkomst bieden, maar die bestaat welbeschouwd niet.

Het is niet erg fraai, maar bij gebrek aan alternatieven moet hier wellicht de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid maar als lapmiddel worden aangewend. Verdedigbaar is dat, als de direct benadeelde zijn eigen vordering heeft gestuit, de debiteur handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid door zich jegens de regresnemer krachtens zelfstandig recht te beroepen op de verjaring van diens regresvordering. Dat beroep zou hem pas weer toekomen als de door de stuiting door de direct benadeelde nieuw aangevangen termijn is verstreken.³⁴

Of de hier verdedigde stelling dat stuiting door de direct benadeelde werkt ten gunste van de regresnemer krachtens zelfstandig recht in de rechtspraak inderdaad wordt aanvaard, is nog niet zeker. Zij werd afgewezen in een arrest van het Hof Amsterdam van 27 oktober 1994,³⁵ maar, nog daargelaten dat de uitspraak eenvoudig onjuist kan zijn, de motivering van dat arrest is door het evengenoemde HR 1 april 2005 op losse schroeven komen te staan. Het hof overwoog: “De eigen, zelfstandige, positie van het Ziekenfonds is van zodanig andere aard dan die van de gesubrogeerde schadeverzekeraar, dat daaraan geen argument kan worden ontleend om de door de Zwolsche met [de gelaedeerde] gevoerde onderhandelingen te beschouwen als met het Ziekenfonds gevoerd.” Deze zaak speelde onder de WAM en daar hebben onderhandelingen stuitende werking.³⁶ Er was onderhandeld door de direct benadeelde en de vraag was of het krachtens zelfstandig recht regresgerechtigde Ziekenfonds van die stuitende werking kon profiteren. Het hof erkent impliciet dat dit in geval van regres krachtens subrogatie wel had gekund, maar vindt de positie van het Ziekenfonds “van zodanig andere aard dan die van de gesubrogeerde schadeverzekeraar” dat het die consequentie voor het Ziekenfonds afwijst. HR 1 april 2005 leert dat het met die andere geaardheid in ieder geval in verjaringsrechtelijk opzicht wel meevalt, zodat deze redengeving niet langer overtuigt.

Meer in het algemeen is tot slot nog op te merken dat HR 1 april 2005 de in deze paragraaf besproken problematiek op scherp heeft gezet, doordat het duidelijk maakt dat ook voor de werking van de vijfjaarstermijn jegens regresgerechtigden krachtens zelfstandig recht, de kennis van de direct benadeelde doorslaggevend is.³⁷ Zou voor die regresgerechtigden, zoals veelal werd aangenomen, een zelfstandig functionerende vijfjaarstermijn hebben gegolden – die zou dan logischerwijze op een later moment gaan lopen – dan was van minder belang geweest of de stuitingshandeling door de direct benadeelde ook werkt ten behoeve van regresnemers. In plaats van de stuitingshandeling van de direct benadeelde, zou dan hun eigen verlate bekendheid met aansprakelijke persoon en schade voor verlenging hebben gezorgd.

34 Zie in dezelfde zin Frenk, *NTBR* 2005, p. 444 en 445.

35 *VR* 1995, 187; zie nader over dit arrest § 27.6.1.

36 Zie over het verjaringsregime van de WAM nader hoofdstuk 27.

37 Zie hierover § 22.2.4.2.

Als onderdeel van de incorporatie van de Europese richtlijn inzake productenaansprakelijkheid is in art. 6:191 BW een bijzondere verjaringsregel voor de rechtsvorderingen tot schadevergoeding tegen de producent van een gebrekkig product opgenomen.¹ Deze bepaling doet vorderingen sneller verjaren dan het algemene art. 3:310 BW, maar veelal zal dat geen praktische betekenis hebben doordat in de meeste gevallen van productenaansprakelijkheid de vordering van de benadeelde evengoed op art. 6:162 BW als op art. 6:185 BW (dat artikel vestigt de productenaansprakelijkheid) gegrond kan worden; art. 3:310 BW prevaleert dan. Onbeslist is de situatie waarin de vordering uitsluitend op art. 6:185 gegrond kan worden, en die vordering krachtens art. 3:310 BW nog niet, maar krachtens art. 6:191 BW al wel verjaard is.

Art. 6:191 BW lijkt op art. 3:310 BW in de zin dat het een korte relatieve termijn en een lange absolute termijn bevat, maar verschilt daar verder in drie opzichten van.²

Ten eerste: de twee termijnen van art. 6:191 BW (drie en tien jaar) zijn korter dan die van art. 3:310 BW (vijf en twintig jaar).

Ten tweede: het aanvangsmoment van de termijnen loopt uiteen. Voor de aanvang van de driejaarstermijn stelt art. 6:191 als vereiste dat de benadeelde bekend is met de schade, het gebrek en de identiteit van de producent. Dat lijkt erg op de vereiste van bekendheid met schade en aansprakelijke persoon voor aanvang van de vijfjaarstermijn van art. 3:310 BW. Aan te nemen valt dat aan beide aanvangsmomenten dezelfde gedachte ten grondslag ligt, namelijk dat bij bekendheid met de genoemde feiten de benadeelde in staat is zijn vordering in te stellen. In gelijke casus zullen dus beide termijnen tegelijkertijd aanvangen, met dien verstande evenwel, dat in art. 6:191 BW het begrip bekendheid door middel van de woorden “bekend is geworden of had moeten worden” nadrukkelijk is geobjectiveerd, terwijl de Hoge Raad ten aanzien van het begrip bekendheid in art. 3:310 BW voor de subjectieve uitleg heeft gekozen;³ dat punt kan de uitkomsten dus wel doen verschillen.

1 Het artikel luidt: Lid 1. “De rechtsvordering tot schadevergoeding van de benadeelde tegen de producent ingevolge artikel 185, eerste lid, verjaart door verloop van drie jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde met de schade, het gebrek en de identiteit van de producent bekend is geworden of had moeten worden.

Lid 2. Het recht op schadevergoeding van de benadeelde jegens de producent ingevolge artikel 185, eerste lid, vervalt door verloop van tien jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de producent de zaak die de schade heeft veroorzaakt in het verkeer heeft gebracht. (...)”

2 Zie eveneens over art. 6:191 BW, Dommering – van Rongen, diss., p. 327 e.v.

3 Zie HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383 (Vellekoop/Wilton Fijenoord) m.nt. HJS onder HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384 waarover nader § 22.2.2.5.

De aanvangsmomenten van de tienjaarstermijn van art. 6:191 BW en de twintigjaarstermijn van art. 3:310 BW hebben beide een objectief karakter omdat de termijn gaat lopen onafhankelijk van de wetenschap van de benadeelde, maar zij verschillen ook, in die zin dat volgens art. 6:191 BW bepalend is het moment van het in het verkeer brengen,⁴ terwijl volgens art. 3:310 BW bepalend is het moment van de schadeveroorzakende gebeurtenis. Het moment van in het verkeer brengen zal nagenoeg altijd eerder zijn dan het moment van het veroorzaken van de schade, omdat die schade pas veroorzaakt kan worden nadat het product in het verkeer is gebracht.

Ten derde: de driejaarstermijn van art. 6:191 BW is net als de vijf- en de twintigjaarstermijn van art. 3:310 BW een gewone verjaringstermijn, maar dat geldt niet voor de tienjaarstermijn van art. 6:191 BW: dat is een vervaltermijn. Een vervaltermijn kan, zo is althans de communis opinio,⁵ anders dan een verjaringstermijn niet worden gestuit of geschorst, dus valt na tien jaar onherroepelijk het doek (met dien verstande dat na het instellen van de vordering het verstrijken van de tienjaarstermijn op de geldigheid van de vordering geen invloed meer heeft).

Alle drie de voornoemde verschillen, te weten (i) kortere termijnen die (ii) eerder aanvangen, waarvan (iii) de langste een vervaltermijn is, maken het verjaringsregime van art. 6:191 BW voor de benadeelde strenger dan het regime van art. 3:310 BW. Dat betekent dat het kan voorkomen dat een vordering onder art. 6:191 BW eerder verjaart dan onder art. 3:310 BW. Bijvoorbeeld: de benadeelde raakt pas 15 jaar na het in het verkeer brengen van het product bekend met zijn schade. Volgens art. 6:191 BW zou zijn vordering dan verjaard zijn, volgens art. 3:310 BW nog niet. Zolang echter een vordering evenzogoed op art. 6:162 BW als op art. 6:185 BW gestoeld kan worden – en dat is in de grote meerderheid van de zaken het geval – is eigenlijk niet anders denkbaar dan dat het regime van art. 3:310 BW prevaleert. Anders zou de richtlijn de consument een recht ontnemen dat hij zonder die richtlijn nog zou hebben gehad. Dat kan niet de bedoeling zijn. Het wordt anders als de vordering uitsluitend op art. 6:185 BW kan worden gebaseerd. In dat geval moet art. 6:191 BW als specialis en art. 3:310 BW als generalis worden gekwalificeerd, zodat art. 6:191 BW prevaleert en de vordering uit ons voorbeeld verjaard is.

4 Het aanvangsmoment van de termijn van art. 6:191 BW kan dus ook per producent verschillen – zo vangt de termijn voor de leverancier van een grondstof eerder aan dan voor de fabrikant van het eindproduct.

5 Zie voor de tegengestelde opvatting § 29.2.4.

25 | Verjaring van de ‘directe actie’ van art. 7:954 BW

25.1 Verjaring in het nieuwe verzekeringsrecht; algemeen

Krachtens art. 7:942 lid 1 BW verjaart de rechtsvordering tegen de verzekeraar door verloop van drie jaar nadat de verzekerde met de opeisbaarheid van de uitkering bekend is geworden.

Het tot 1 januari 2006 geldende recht kende geen bijzondere regeling voor de verjaring van de rechtsvordering tegen de verzekeraar tot het doen van uitkering. Het na januari geldende recht kent die bijzondere bepaling wél: krachtens art. 7:942 lid 1 BW verjaart de rechtsvordering tegen de verzekeraar door verloop van drie jaar nadat de verzekerde met de opeisbaarheid van de uitkering bekend is geworden.

Onder het oude recht werd de vordering verjaringsrechtelijk beheerst door het algemene art. 3:307 BW, dat bepaalde dat de vordering verjaarde vijf jaar na opeisbaarheid. Het nieuwe recht brengt op dit punt dus een verkorting van de termijn en een wat anders geformuleerd aanvangsmoment.

Voor integrale bespreking van art. 7:942 BW wordt verwezen naar de handboeken¹ en wat betreft de aansprakelijkheidsverzekering in het bijzonder naar een publicatie van Frenk.² Hierna gaat de aandacht uit naar de verjaring van de ‘directe actie’, omdat zich daar de meeste complicaties lijken voor te doen.

25.2 Verjaring van de ‘directe actie’³

Bij toepasselijkheid van art. 7:954 BW ontstaat een driepartijenverhouding: (i) benadeelde – verzekeraar (dat is de directe actie); (ii) benadeelde – laedens (iii) laedens – verzekeraar.⁴

Krachtens art. 7:954 lid 1 BW ontstaat de directe actie als de laedens “de verwezenlijking van het risico” aan zijn verzekeraar heeft gemeld. De verhoudingen zijn dan als volgt. Ad (i) De relatie benadeelde – verzekeraar is de directe actie zelf. Uit hoofde van art. 7:954 neemt de benadeelde de rechtsvordering tegen de verzekeraar tot uitkering van de lae-

1 In het bijzonder naar Asser/Clausing & Wansink 5-IV nr. 173 e.v.

2 Frenk (2006).

3 Ik laat het overgangsrecht buiten beschouwing. Zie daarover Kars, NTHR 2005 en Quakkelaar, *L&S* 2007.

4 Zie over de directe actie uitgebreid Frenk, Salomons, *WPNR* 2006.

dens/verzekerde over. De verzekeraar kan, omdat het gaat om de verwezenlijking van het vorderingsrecht van de laedens, alle verweren die hij aan de verzekerde zou kunnen tegenwerpen aan de benadeelde tegenwerpen – denk bijvoorbeeld aan onbetaalde premies. Aldus bestaat er een zeer wezenlijk verschil met de directe actie uit de WAM; daar betreft het een eigen vorderingsrecht van de benadeelde op de verzekeraar.

Ad (ii) De relatie benadeelde – laedens is de verbintenis tot schadevergoeding. Die blijft ondanks de directe actie gewoon bestaan, zoals ook in het algemeen het bestaan van een verzekering de laedens niet uit zijn eigen vergoedingsplicht ontslaat.

Ad (iii) De relatie laedens – verzekeraar verandert door de directe actie ingrijpend, doordat weliswaar het vorderingsrecht van de verzekerde onverkort blijft bestaan, maar de rechtsvordering tot verwezenlijking van dat recht over gaat op de benadeelde; de verzekerde rest dus nog slechts een tandeloos vorderingsrecht.

Verjaringsrechtelijk wordt de relatie (i) benadeelde – verzekeraar beheerst door art. 7:942 BW; de relatie (ii) benadeelde – laedens door art. 3:310 BW. De relatie (iii) laedens – verzekeraar is niet aan verjaring onderworpen.

Ad (i) De directe actie wordt verjaringsrechtelijk beheerst door art. 7:942 BW. Het betreft ontegenzeggelijk een rechtsvordering tegen de verzekeraar en dat is de enige vereiste voor toepasselijkheid van het artikel.

Ad (ii) De relatie tussen de benadeelde en de laedens wordt beheerst door art. 3:310 BW, omdat het een vordering tot schadevergoeding betreft.

Ad (iii) De relatie tussen de laedens en de verzekeraar is niet langer aan verjaring onderworpen, omdat verjaring de ondergang van de rechtsvordering behelst en er in deze verhouding geen rechtsvordering meer is; er valt niets te verjaren.

De verjaringstermijn van de directe actie vangt aan op het moment van aansprakelijkstelling door de benadeelde van de laedens/verzekerde.

Art. 7:942 lid 1 BW bepaalt dat de driejaarstermijn aanvangt op het moment waarop de tot uitkering gerechtigde met de opeisbaarheid van zijn vordering bekend is geworden. Algemeen wordt aangenomen dat bij aansprakelijkheidsverzekeringen dat moment het moment van aansprakelijkstelling door de benadeelde is.⁵ Nu de directe actie niet meer betekent dan dat de benadeelde de rechtsvordering van de verzekerde overneemt, gaat dus ook de verjaring van de directe actie lopen op het moment van aansprakelijkstelling.

De voor de hand liggende tegenwerping is dat op dat moment de benadeelde helemaal niet weet óf/wanneer hij die directe actie zal krijgen, omdat hij niet weet óf/wanneer de verzekerde de voor het ontstaan van de directe actie vereiste mededeling aan de verzekeraar zal doen. De termijn begint daardoor te lopen nog voordat de benadeelde daadwerkelijk in staat is zijn rechtsvordering uit te oefenen.

Het valt te betwijfelen of deze bedenking in rechte gehoor vindt. In de eerste plaats is gegeven de door de wetgever gekozen constructie een alternatief aanvangsmoment eigenlijk niet goed denkbaar. Gesuggereerd is het moment van melding van het risico door

5 Zie Asser/Clausing & Wansink 5-VI, nr 174 met instemmende verwijzingen en Frenk (2006), p. 252.

de laedens/verzekerde aan de verzekeraar.⁶ Om te beginnen doet dat de benadeelde in lang niet alle gevallen goed, omdat over het algemeen volgens de polis de laedens/verzekerde een schadeveroorzakend feit direct, dus nog voor aansprakelijkstelling door de benadeelde, bij de verzekeraar moet melden. Zo zou het moment van melding de aanvang van de termijn dus nog naar voren schuiven. Maar afgezien daarvan, zelfs als wij zouden aannemen dat die melding steeds zou plaatsvinden ná het moment van aansprakelijkstelling door de benadeelde, is dat moment moeilijk te verdedigen. De reden daarvoor is dat het niet van een wettelijke basis kan worden voorzien. Er staat in art. 7:942 lid 1 BW nu eenmaal de dag “waarop de tot uitkering gerechtigde met de opeisbaarheid (...) bekend is geworden”. Gedoeld is daar zonder twijfel op de wetenschap van de laedens/verzekerde, en die is er bij aansprakelijkstelling.

De vervolgvraag is dan of het moment van opeisbaarheid tot een zodanig onwenselijk resultaat voert dat óf door middel van een doelgestuurde, wat geforceerde wetsuitleg, óf zelfs door middel van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een alternatief kan worden verdedigd. Een dergelijke *tourne* lijkt niet voor de hand te liggen, om de volgende twee redenen.

In de eerste plaats is de positie van de benadeelde misschien toch niet al te zorgwekkend. De benadeelde kan zelf zijn moment van aansprakelijkstelling kiezen. Hij heeft daarvoor krachtens art. 3:310 lid 1 BW vijf jaar de tijd. Ná die aansprakelijkstelling heeft hij nog drie jaar de tijd om de directe actie stuiten. De belangrijkste reden waarom dat van hem verlangd mag worden, is dat hij zich vanaf het moment van aansprakelijkstelling, juist door die aansprakelijkstelling, in een ‘juridische setting’ weet. Hij heeft het spel op de wagen gezet. Van hem kan verwacht worden dat hij op redelijke termijn vervolgstappen tot het geldend maken van zijn recht neemt.

Ten tweede is het in het verjaringsrecht bij driepartijenverhoudingen niet zonder precedent een termijn te laten aanvangen nog voordat een eiser daadwerkelijk kan vorderen. Met betrekking tot bijvoorbeeld het zelfstandig verhaalsrecht heeft de Hoge Raad geoordeeld, in feite, dat kennis van de verzekerde aan de verzekeraar moet worden toegerekend.⁷ Daardoor gaat de termijn tegen de verzekeraar lopen, nog voordat hij ook maar wist dat hij een vordering had; de positie van de verzekeraar is dan nog minder benijdenswaardig dan die van de benadeelde in het onderhavige geval, omdat de benadeelde, anders dan de onwetende verzekeraar bij het zelfstandig verhaalsrecht, de vordering zelf ‘aanhangig maakt’ (niet in de processuele betekenis van het woord).

De benadeelde moet voor stuiting van de verjaring van de directe actie zorgdragen.

Het ontstaan van de directe actie brengt met zich mee dat de rechtsovername niet meer bij de verzekerde is, maar naar de benadeelde overgaat. Dat zo zijnde, is het ook de benadeelde die de verjaring moet stuiten. Aangenomen moet zelfs worden dat de verzekerde zelf niet meer kan stuiten:⁸ het gaat er bij de stuiting om dat de debiteur (de verzekeraar) weet dat het de crediteur (de benadeelde) met de vordering nog ernst is;⁹ de mededeling van de laedens/verzekerde zegt in dat licht niets.

6 Quakkelaar, *L&S* 2007, p. 7.

7 § 24.1.

8 Zo ook Frenk (2006), p. 255.

9 Zie uitgebreid hiervoor, § 24.1.

Krachtens art. 7:942 lid 2 BW wordt de verjaring gestuit door een schriftelijke mededeling, waarbij op uitkering aanspraak wordt gemaakt. Vervolgens is er iets bijzonders: waar in het 'algemene stuitingsrecht' met die mededeling een nieuwe termijn zou gaan lopen, is het krachtens 7:942 lid 2 BW tweede zin zo dat pas een nieuwe termijn begint te lopen bij erkenning of afwijzing door de verzekeraar. In geval van afwijzing moet de verzekeraar de verzekerde erop wijzen dat na afwijzing nog slechts een termijn van zes maanden geldt (die termijn staat in art. 7:942 lid 3 BW).¹⁰

Na afwijzing door de verzekeraar bedraagt de verjaringstermijn slechts zes maanden. Aan de voor het aanvangen van de zesmaandentermijn aan de afwijzing gestelde eisen moet strikt de hand worden gehouden. Aannemelijk is dat wanneer de benadeelde de rechtsvordering tegen de verzekeraar heeft laten verjaren, hem dat door de laedens/verzekerde, mocht hij die alsnog willen aanspreken, kan worden tegengeworpen.

Zolang de verzekeraar de vordering niet heeft afgewezen, is het stuitingsregime van de directe actie voor de benadeelde niet al te knellend. Het is wel zo dat de directe actie een termijn van drie jaar kent – dat is twee jaar korter dan de termijn van art. 3:310 BW – maar die drie jaar zou ruim voldoende moeten zijn.¹¹

Moeilijker wordt het als de verzekeraar de vordering conform de vereisten van art. 7:942 lid 2 afwijst. De verjaringstermijn bedraagt dan zes maanden. De benadeelde zal voor ommekomst van die termijn moeten stuiten en die stuitingshandeling – het meest voor de hand ligt de schriftelijke mededeling in de zin van art. 3:317 BW¹² – iedere zes maanden moeten herhalen (krachtens art. 3:319 BW is bij stuiting de nieuwe termijn gelijk aan de oorspronkelijke).

Art. 7:942 lid 2 BW stelt als gezegd de eisen waaraan de afwijzing moet voldoen, wil de zesmaandentermijn aanvangen. Aan die vereisten moet strikt de hand worden gehouden.¹³ De zesmaandentermijn is erg kort. De benadeelde heeft er daardoor een wezenlijk belang bij dat hem in niet mis te verstane woorden te kennen wordt gegeven dat die termijn gaat lopen. Intussen vergt het van de verzekeraar geen serieus offer de betreffende mededeling inderdaad bij aangetekende brief in de vereiste bewoordingen te doen; een standaardtekst volstaat. Van hem kan dan ook verlangd worden dat hij dat doet. Voorts mag worden aangenomen dat de afwijzing alleen de zesmaandentermijn doet aanvangen als zij aan de benadeelde is gericht; een afwijzing alleen gericht aan de laedens/verzekerde is onvoldoende.

Wat zich nog zou kunnen voordoen is het volgende. De benadeelde moet als gezegd de rechtsvordering tegen de verzekeraar bewaken. Stel nu dat hij dat niet goed doet en bijvoorbeeld de zesmaandentermijn na afwijzing door de verzekeraar laat verstrijken. Dan

10 Deze eis is geïnspireerd op heersende rechtspraak (zie bijv. HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 en HR 14 mei 2004, *NJ* 2006, 188) en het standpunt van de Raad van Toezicht Verzekeringen ten aanzien van korte vervaltermijnen in polissen.

11 Ik bepleitte eerder in dit boek de vervanging van de vijfjaars- voor driejaarstermijnen § 16.2.

12 Dat de schriftelijke mededeling van art. 3:317 BW ook de onderhavige termijn stuit ligt voor de hand, en wordt bevestigd in de parlementaire geschiedenis (NvW I, Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5, p. 28).

13 Dat stemt overeen met de strenge koers die de Hoge Raad, in navolging van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf, voert ten aanzien van vervalbedingen in de polisvoorwaarden onder het oude recht; zie bijvoorbeeld HR 14 mei 2004, *NJ* 2006, 188, r.o. 3.4. met nadere gegevens in de Conclusie A-G.

is de rechtsvordering op de verzekeraar verjaard. Niet verjaard is evenwel de rechtsvordering van de benadeelde op de verzekerde – die verhouding wordt immers verjaringsrechtelijk geregeerd door art. 3:310 BW met zijn vijfjaarstermijn. Het punt is dan dat de laedens/verzekerde geen rechtsvordering uit hoofde van zijn verzekeringsovereenkomst meer heeft. Die rechtsvordering heeft de benadeelde immers ‘overgenomen’ en vervolgens laten verjaren.

Ik zou menen dat de verzekerde in dat geval het laten verjaren van ‘zijn rechtsvordering’ door de benadeelde op de verzekeraar aan de benadeelde moet kunnen tegenwerpen. Men kan zich in dat verband toepassing van verschillende concepten voorstellen – eigen schuld, schadebeperkingsplicht, onrechtmatigheid zelfs. De kern van de zaak is steeds dat de verzekerde niet het slachtoffer moet worden van het verzuim van de benadeelde. De benadeelde heeft van de verzekeraar de nadrukkelijke mededeling gehad dat de verjarings-termijn zes maanden bedraagt; op hem ligt de stuitingsverantwoordelijkheid. De verzekerde staat in praktische zin geheel buiten de afwikkeling van de schade – hij kán de verjaring zelfs niet meer stuiten –, dus hem treft voor de verjaring geen verwijt.

Het lijkt mij in het merendeel der gevallen ook maatschappelijk wenselijk het verzuim van stuiting van de directe actie niet voor rekening van de laedens/verzekerde te brengen, omdat een enigszins aanzienlijke schade vrijwel iedere laedens tot de bedelstaf veroordeelt. Blijft het nadeel voor rekening van de benadeelde, dan zal daarvoor uiteindelijk de aansprakelijkheidsverzekeraar van de advocaat van de benadeelde opdraaien – een advocaat zal er in gevallen van substantiële schade bijna steeds wel zijn. Dat is nog steeds niet ideaal, maar toch verkieslijk.

Of mijn voorgaande opvatting geldend recht is, is bij gebreke van gezaghebbende rechtspraak niet zeker. De MvT bij het genoemde wetsvoorstel suggereert het tegendeel: “Indien hij (de benadeelde – JLS) dat echter nalaat (het tijdige stuiten – JLS) dupeert hij niet alleen zichzelf, maar nog meer de verzekerde, die immers mogelijk wel aansprakelijk is, maar zijn dekking verliest.”¹⁴ De wetgever veronderstelt hier dus niet dat de laedens/verzekerde het verjaren van zijn rechtsvordering aan de benadeelde kan tegenwerpen, want anders had er in de MvT niet gestaan dat de benadeelde door niet te stuiten “nog meer de verzekerde” dan zichzelf benadeelt. De wetgever stelt zich echter niet de vraag waarom de laedens/verzekerde de gevolgen van het verzuim van de benadeelde zou moeten dragen. Dat maakt de toelichting op dit punt wat mij betreft enigszins onbevredigend.

Er staat een wetswijziging op stapel die voorziet in stuitende werking van onderhandelingen. Tot zijn in werking treden kan de debiteur bepleiten – mocht hij wel in onderhandeling zijn geweest maar geen expliciete stuitingsmededeling hebben gedaan – dat iedere schriftelijke uiting gedaan in het kader van de onderhandelingen de verjaring stuit en/of dat een beroep van de verzekeraar op de zesmaandentermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid is.

De wetgever lijkt de noodzaak tot herhaalde stuiting (ieder half jaar) bij nader inzien minder gelukkig te achten, in die gevallen althans waarin partijen met elkaar over de vordering in onderhandeling zijn. Er staat een wetswijziging op stapel krachtens welke “iedere onderhandeling tussen de verzekeraar en de tot uitkering gerechtigde of de benadeelde”

14 MvT p. 13. Zie voor de tekst: http://www.justitie.nl/images/MvT%20deelgeschilprocedure_tcm34-16474.pdf.

stuitende werking heeft.¹⁵ In de MvT bij het wetsvoorstel staat: “De termijnen die artikel 7:942 BW kent houden er (...) onvoldoende rekening mee dat de afwikkeling van schadeclaims vaak veel tijd in beslag neemt en daaraan niet zelden langdurige onderhandelingen vooraf gaan.”¹⁶

Zolang die bepaling niet in werking is getreden, zou de benadeelde, mocht hij hebben verzuimd een expliciete stuitingsmededeling te doen, kunnen bepleiten dat iedere schriftelijke uiting gedaan in het kader van de onderhandelingen moet worden aangemerkt als een stuitingshandeling – mij lijkt die stelling juist.¹⁷ Het is aannemelijk dat men het zelfs in termen van de tot op heden staande rechtspraak van de Hoge Raad zeggen:¹⁸ als een verzekeraar eerst de vordering in ondubbelzinnige bewoordingen afwijst en hij vervolgens tóch in onderhandeling treedt met de benadeelde, handelt hij in strijd met de redelijkheid en billijkheid door zich vervolgens op de zesmaandetermijn te beroepen. Mij lijkt, om het wat onverbloemd te zeggen, de onredelijkheid van dat beroep onder die omstandigheden volkomen vanzelfsprekend.

Zoals de wetgever in de MvT bij zijn voorgenomen wetswijziging al suggereert,¹⁹ zou de rechter ter nadere bepaling van het begrip ‘onderhandeling’ inspiratie kunnen putten uit art. 10 lid 5 WAM.²⁰

15 Zie art. III van het Wetsvoorstel “Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot invoering van een procedure voor deelgeschillen ter bevordering van de buitengerechtelijke afhandeling van letsel- en overlijdensschade (Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade)”.

16 MvT p. 14.

17 Zie uitgebreid hiervoor § 18.8.

18 Ik doel op de in § 18.8.1 geciteerde passage uit zijn arrest van 1 februari 2002, *NJ* 2002, 195. Zie § 18.8.2 voor mijn kritische bespreking van dat arrest.

19 MvT p. 14.

20 Zie over die bepaling uitgebreid § 27.6.

26.1 Inleiding

Het verjaringsregime van de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM) wijkt op essentiële punten af van het verjaringsregime van het BW. De belangrijkste verschilpunten zijn: de duur van de verjaringstermijn, het aanvangsmoment van de verjaring, de stuitende werking van onderhandelingen en de aard van die stuiting.

De WAM-verjaring is daardoor een leerstuk op zichzelf geworden. Zulks blijkt onder andere uit de grote hoeveelheid gepubliceerde uitspraken over dit onderwerp.

De leden 2 en 3 van art. 10 WAM voorzien in een aparte verjaringsregeling voor schade door gevaarlijke stoffen.

Vanwege zijn weinig frequente toepassing blijft deze regeling in dit boek buiten beschouwing.

26.2 Het aanvangsmoment van de verjaringstermijn

Volgens art. 10 lid 1 van de WAM verjaart de vordering van de benadeelde tegen de verzekeraar door verloop van drie jaar te rekenen van het feit waaruit de schade is ontstaan.

Art. 10 lid 1 WAM bepaalt: “Een uit deze wet voortvloeiende rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekeraar verjaart door verloop van drie jaar te rekenen van het feit waaruit de schade is ontstaan.”

Daar de WAM ziet op “de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het motorrijtuig in het verkeer aanleiding kan geven”, zal dat feit over het algemeen het verkeersongeval zijn.

Het aanvangsmoment van deze verjaringstermijn is dus niet kennisafhankelijk, zoals de relatieve termijn van art. 3:310 lid 1 BW, maar doet veeleer denken aan het objectief bepaalde aanvangsmoment van de absolute termijn uit art. 3:310 lid 1 BW. Het voordeel van een objectief bepaald aanvangsmoment is dat het zich eenvoudig laat vaststellen. Er is nauwelijks of geen rechtspraak over de vraag welk moment heeft te gelden als “het feit waaruit de schade is ontstaan”.

Een nadeel van een objectief bepaald aanvangsmoment is, zoals de ervaring met de objectieve termijn van art. 3:310 BW leert, dat het zich kan voordoen dat de vordering verjaart, nog voordat de benadeelde in staat was zijn vordering in te stellen. Dat onvermogen

kan voortvloeien, bijvoorbeeld, uit het feit dat de benadeelde pas vier jaar na het ongeval met zijn schade bekend raakt (denk aan sluipende gezondheidsschade). Die consequentie is reeds wat betreft de absolute termijn van twintig jaar moeilijk te aanvaarden, dus al helemaal als de termijn slechts drie jaar heeft bedragen.

Lastig voorspelbaar is hoe de rechter zal oordelen in een casus waarin deze problematiek zich in alle scherpste voordoet. Stel dat een benadeelde inderdaad binnen de termijn van drie jaar niet in staat is zijn vordering in te stellen doordat de door het ongeval veroorzaakte gezondheidsschade zich pas manifesteert vier jaar na het feit waaruit de schade is ontstaan, en het bovendien zo is dat de WAM-vordering de enige vordering is die hem praktisch gesproken ter beschikking staat.

De Bosch Kemper en Gruben schrijven: “De regel dat de verjaringstermijn begint te lopen op het moment van het feit waaruit de schade is ontstaan, kan soms hard uitpakken, maar de wet heeft nu eenmaal niet meer te bieden”¹

Inderdaad is blijkens de toelichting op de Benelux-overeenkomst die aan de WAM ten grondslag ligt² beoogd dat de verzekeraar niet nog lang na het voorval blootgesteld zou moeten zijn aan rechtsvorderingen van de benadeelde. “Daarom bepaalt artikel 10, dat de rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekeraar verjaart door verloop van drie jaar te rekenen van de dag van het ongeval. Dit zal ook het geval zijn wanneer de benadeelde het recht behoudt tegen de verzekerde een vordering in te stellen na verloop van die termijn, bijv. gedurende dertig jaar.”

De tekst van en de toelichting op art. 10 lid 1 WAM nodigen dus niet uit tot grote souplesse bij toepassing van de verjaringstermijn. Als tegenargument kan men aanvoeren dat de Hoge Raad in *Van Hese/De Schelde*³ heeft laten zien dat de verjaringsdiscussie met de enkele verwijzing naar de tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever nog niet beslecht is: daar bepaalde hij immers dat een beroep op de absolute verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid. In dat kader bedenke men nog dat art. 3:310 lid 1 BW de zinsnede “in ieder geval” na twintig jaar bevat; een zo dwingende frase is in art. 10 lid 1 van de WAM niet aan te wijzen.

Daar valt tegenin te brengen dat die asbestzaken met een WAM-vordering onvergelijkbaar zijn, omdat het in de asbestzaken gaat om de enige vordering die de benadeelde heeft, namelijk die tegen de laedens, terwijl de WAM-vordering een extra voorziening is die de benadeelde naast zijn vordering tegen de rechtstreeks aansprakelijke partij toekomt. Dat subsidiaire karakter zou de geringere geldingsduur van dat recht kunnen billijken. Bovendien is uiteindelijk de uitleg van de WAM voorbehouden aan het Benelux-Gerechtshof; of dat, om te komen tot een slachtoffervriendelijke uitleg van de WAM, zou voelen voor een tournure, vergelijkbaar met het aanwenden van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid door de Hoge Raad in *Van Hese/De Schelde*, valt te bezien.

Wel valt er ter verdediging van een slachtoffervriendelijke uitleg van art. 10 nog op te wijzen dat de WAM ten doel heeft te bevorderen dat de geldelijke schade die verkeersslachtoffers lijden, zoveel mogelijk wordt vergoed.

Al met al kan men er dus over twijfelen of in ons voorbeeld tot de honorering of de verwerping van het verjaringsberoep zou worden beslist.

1 De Bosch Kemper, Gruben (2003), p. 73.

2 Verslag van de Belgisch-Nederlands-Luxemburgse Studiecommissie tot eenmaking van het recht, ad art. 10 Gem. bep.

3 Zie § 22.3.3.

Ter voorkoming van misverstanden ten slotte: de directe actie van het nieuwe verzekeringsrecht, neergelegd in art. 7:954 BW, is voor het voorgaande niet van belang, doordat dat artikel ingevolge zijn zevende lid niet van toepassing is voor zover de benadeelde “door de wet jegens de verzekeraar een eigen recht op schadevergoeding is toegekend”; de directe actie uit de WAM is het voorbeeld bij uitstek waarin door de wet jegens de verzekeraar een eigen recht op schadevergoeding is toegekend.

26.3 Aanvang en stuiting van de verjaring in de verhouding tot regresnemers

Onder “benadeelde” in de zin van art. 10 WAM moeten naast de rechtstreeks benadeelde tevens worden verstaan de gesubrogeerde regresnemers en regresnemers met een zelfstandig wettelijk verhaalsrecht. Ook tegen hen begint de verjaringstermijn te lopen op het moment van het feit waaruit de schade is ontstaan. Aan de mogelijke consequentie dat hun vorderingsrecht verjaart nog voordat het is ontstaan, kunnen zij ontkomen, ofwel door de verjaring van hun toekomstige vordering te stuiten, ofwel door te profiteren van de stuitingshandeling van de direct benadeelde.

Art. 1 WAM definieert benadeelden als “zij die schade hebben geleden welke grond oplevert voor toepassing van deze wet, alsmede hun rechtverkrijgenden”.⁴ Aldus vallen daaronder ook de gesubrogeerde regresnemers en regresnemers met een zelfstandig wettelijk verhaalsrecht.

Ook tegen deze niet direct benadeelden begint krachtens art. 10 lid 1 WAM de verjaringstermijn te lopen op het moment van het feit waaruit de schade is ontstaan. Problematisch kan zijn dat die regresrechten altijd ontstaan op een later moment dan het feit waaruit de schade is ontstaan. Regresrechten ontstaan immers pas bij uitkering aan de direct benadeelde. Het ontstaansmoment van de regresvordering kan daardoor gelegen zijn kort na het feit waaruit de schade is ontstaan maar ook veel langer daarna, afhankelijk dus van het moment van uitkering. Als die periode langer dan drie jaar is, verjaart het regresrecht, nog voordat het is ontstaan.

Er zijn twee wegen om aan dat resultaat te ontsnappen. Ten eerste kan de regresnemer ook de verjaring van een in de toekomst te verkrijgen regresvordering stuiten. Die regresvordering moet immers, zoals hiervoor werd geconstateerd,⁵ worden aangemerkt als een schadevergoedingsvordering in de zin van art. 3:310 BW en toekomstige schadevergoedingsvorderingen kan men stuiten.⁶ Een illustratie van deze oplossing biedt de volgende uitspraak van de Rechtbank Utrecht.⁷

Tussen partijen stond vast dat de uitkeringen door de zelfstandig verhaalsgerechtigden (het UWV en het ABP) zijn gedaan na het verstrijken van de driejaarstermijn van art. 10 WAM. De rechtbank overweegt:

“4.4. Als gevolg van het feit dat de WAM een korte verjaringstermijn kent, die bovendien reeds ingaat op het moment van het ongeval, doet zich bij toepasselijkheid van deze wet

4 Zie nader over het begrip benadeelde Robben, diss., p. 197 e.v.

5 Zie § 22.2.4.

6 Zie § 22.2.2.6.

7 4 februari 2004, *N/F* 2004, 282.

de reële mogelijkheid voor dat een vordering pas ontstaat na het verstrijken van de driejaarstermijn. Dit geldt met name in gevallen waarbij, zoals in casu, de mate van arbeidsongeschiktheid van het betrokken slachtoffer moet worden vastgesteld. De vraag rijst hoe dit zich verhoudt tot het uitgangspunt van de WAM, dat de benadeelde een direct verhaalsrecht heeft jegens de betrokken WAM-verzekeraar. Specifiek met dit doel is immers krachtens de wettelijke regeling in de WAM aan de benadeelde de mogelijkheid gegeven om rechtstreeks een rechtsvordering tegen een WAM-verzekeraar (...) in te stellen.

4.5. Met voormeld uitgangspunt verdraagt zich niet dat de benadeelde uitkeringsinstantie in het geheel geen mogelijkheid zou hebben om terzake vorderingen die pas ontstaan na verloop van drie jaar na de ongevalsdatum, maar waarvan wel met voldoende mate van waarschijnlijkheid kan worden aangenomen dat zij zullen ontstaan wegens dat ongeval, direct verhaal te nemen op de desbetreffende verzekeraar. Niet gebleken is immers, dat de wetgever heeft bedoeld dat terzake dergelijke, niet dadelijk concrete, verhaalsvorderingen geen aanspraak op de verzekeraar mogelijk moet zijn. Integendeel, veeleer volgt uit de WAM dat ook aanspraken als in deze procedure aan de orde dienen te worden gerekend tot de rechtsvorderingen terzake waarvan een rechtstreekse aanspraak jegens de verzekeraar bestaat als bedoeld in artikel 1 WAM. Eisers kunnen in zoverre op één lijn worden gesteld met personen die schade hebben geleden in de zin van artikel 1 WAM.

4.6. Teneinde dergelijke aanspraken ook na het verstrijken van de driejaarstermijn nog liquide te kunnen maken, moet het in het systeem van de WAM mogelijk worden geacht, dat binnen die termijn de verjaring van de toekomstige vordering(en) kan worden gestuit. Het andersluidende standpunt van gedaagden stuit hierop af en wordt daarom verworpen. Gegeven het feit dat het toekomstige vorderingen betreft, mogen aan deze stuiting inhoudelijk overigens niet al te hoge eisen worden gesteld. Voldoende is dat men jegens de verzekeraar op voldoende duidelijke wijze kenbaar maakt dat men zich alle rechten voorbehoudt, alsmede dat het vorderingsrecht op dat moment voldoende aannemelijk is. Niet noodzakelijk is dat bij de aanvang van de onderhandelingen de schade reeds in volle omvang bekend of te verwachten is.”

Ten tweede: hiervoor werd verdedigd dat stuiting van de verjaring door de rechtstreeks benadeelde tevens werkt ten behoeve van de regresnemer,⁸ zowel in geval van regres krachtens subrogatie als in geval van regres krachtens zelfstandig wettelijk recht. Neemt men dat inderdaad aan,⁹ dan voorkomt de stuiting door de direct benadeelde dat de regresvordering nog voor zijn ontstaan is verjaard.

26.4 De verjaringsrechtelijke classificatie van verhaalsrechten ex. art. 27 en art. 15 WAM en het aanvangsmoment van de verjaringstermijn

De verjaring van de zelfstandige verhaalsrechten van het Waarborgfonds krachtens art. 27 WAM¹⁰ en van de WAM-verzekeraar krachtens art. 15 WAM¹¹ worden

⁸ Zie § 24.6.

⁹ Wat het Hof Amsterdam in zijn uitspraak van 27 oktober 1994 dus niet deed (zie voor de betwisting van de juistheid dat arrest naar huidig recht § 24.6).

¹⁰ Artikel 27 lid 1 luidt voor zover hier van belang: “Het fonds heeft een recht van verhaal tegen alle aansprakelijke personen, alsmede tegen degene die zijn verplichting tot verzekering met betrekking tot het motorrijtuig, waarmede de schade is veroorzaakt of met betrekking tot het motorrijtuig aan

beheerst door art. 3:310 BW en niet door art. 10 WAM. Men mag aannemen dat voor het aanvangsmoment van de relatieve verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW in de verhouding tussen enerzijds de aangesprokene en anderzijds het Waarborgfonds of de WAM-verzekeraar, doorslaggevend is het moment waarop de direct benadeelde de voor de aanvang van die termijn vereiste kennis verkrijgt.

De vraag door welke verjaringsregeling de zelfstandige verhaalsrechten krachtens art. 27 WAM en art. 15 WAM worden beheerst, is na Bijlsma/ABP en HR 1 april 2005 niet moeilijk meer: zij vallen beide onder het bereik van art. 3:310 BW.¹² Door feitenrechtters is zo ten aanzien van beide zelfstandige verhaalsrechten in de volgende uitspraken ook al geoordeeld.

Dat de verjaring van de verhaalsvordering van het Waarborgfonds krachtens art. 27 WAM wordt beheerst door art. 3:310 BW werd geoordeeld in Hof den Bosch 22 maart 1999;¹³ dat het zelfstandig verhaalsrecht van de WAM-verzekeraar krachtens art. 15 WAM tevens onder het bereik van art. 3:310 BW valt werd geoordeeld in Rechtbank Rotterdam 28 januari 2004.¹⁴ “In de WAM is niet voorzien in een verjaringstermijn voor deze verhaalsvordering, zodat de vraag is of de verhaalsvordering van de verzekeraar ex artikel 15 WAM is onderworpen aan de hoofdregel van artikel 3:306, te weten een verjaringstermijn van twintig jaar, of aan de vijfjarige termijn van artikel 3:310 betreffende “rechtsovereenkomsten tot vergoeding van schade”. Aangezien laatstgenoemd begrip een ruime betekenis heeft en alle gevallen omvat waarop de regels van afdeling 6.1.10 BW (“Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding”) van toepassing zijn en mede gelet op hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest van 31 mei 2002 (*NJ* 2004, 161 m.nt. JH) heeft overwogen – te weten dat het verhaalsrecht er niet toe mag leiden dat de laedens in een slechtere positie komt te verkeren dan waarin hij zou hebben verkeerd ingeval hij door de getroffen zelf tot schadevergoeding zou zijn aangesproken – is de rechtbank van oordeel dat de verhaalsvordering moet worden gekwalificeerd als een vordering tot vergoeding van schade als bedoeld in artikel 3:310 BW.”

Dat de verjaring van de zelfstandige verhaalsvordering van het Waarborgfonds *niet* wordt beheerst door art. 10 WAM – dat zou men wellicht bij eerste beschouwing wel kunnen denken –, werd door de Hoge Raad al in 1997 nadrukkelijk bepaald.¹⁵ Het Waarborgfonds had uitgekeerd aan de gelaedeerde en wilde verhaal nemen op de laedens. De laedens stelde zich onder andere op het standpunt dat de vordering krachtens art. 10 WAM verjaard was. De Hoge Raad overwoog:¹⁶ “Het in artikel 27 lid 1 WAM aan het Waarborgfonds toegekende recht van verhaal, is een eigen recht van het Waarborgfonds, niet een

boord waarvan de gevaarlijke stof zich bevond waarmee de schade is veroorzaakt, niet is nagekomen (...).”

11 Artikel 15 lid 1 luidt voor zover hier van belang: “De verzekeraar die ingevolge deze wet de schade van een benadeelde geheel of ten dele vergoedt, ofschoon de aansprakelijkheid voor die schade niet door een met hem gesloten verzekering was gedekt, heeft voor het bedrag der schadevergoeding verhaal op de aansprakelijke persoon (...).”

12 Zie nader over Bijlsma/ABP, HR 1 april 2005 en de verjaringsrechtelijke kwalificatie van zelfstandige verhaalsrechten § 22.2.4.

13 *I/R* 1999, 168.

14 *N/F* 2004, 258.

15 HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 384.

16 R.o. 3.3.

recht dat bij wijze van subrogatie of anderszins op het Waarborgfonds is overgegaan. De verhaalsvordering van het Waarborgfonds ontstaat doordat dit fonds de schade aan de benadeelde vergoedt. Hieruit vloeit voort dat de verjaringstermijnen van de artikel 31 lid 8 (oud) VVW en artikel 10 WAM niet van toepassing zijn.”

Na de constatering dat de onderhavige verhaalsrechten onder de werking van art. 3:310 lid 1 BW vallen, rijst de vraag wiens kennis voor het aanvangsmoment van de vijfjarige relatieve verjaringstermijn van het eerste lid van dat artikel doorslaggevend is: de kennis van de direct benadeelde of de kennis van de regresnemer. Het ligt voor de hand bij beantwoording van die vraag aansluiting te zoeken bij HR 1 april 2005.¹⁷ In dat arrest werd bepaald dat weliswaar in beginsel de termijn aanvangt op het moment dat de regresnemer de vereiste kennis heeft, maar dat het niet strookt met het civiele plafond “aan te nemen dat een aansprakelijke persoon zich jegens het ziekenfonds erop kan beroepen dat het niet een rechtsvordering kan instellen die reeds zou zijn verjaard, zo deze niet door het ziekenfonds maar door de getroffenene zelf zou zijn ingesteld.” Met andere woorden: het moment waarop de direct benadeelde de voor de aanvang van de relatieve termijn vereiste kennis heeft, is doorslaggevend.

In het bij aanvang van deze paragraaf genoemde arrest van het Hof Den Bosch uit 1999 werd geoordeeld dat de relatieve termijn van art. 3:310 lid 1 BW aanvangt op het moment van uitkering door het Waarborgfonds. Mede in het licht van het voorgaande moet men aannemen dat deze beslissing, althans zonder nadere nuancering, niet langer voor juist kan worden gehouden. In zijn voornoemde arrest van 1 april 2005 heeft immers de Hoge Raad geoordeeld, kort gezegd, dat de aangesprokene krachtens het civiele plafond aan de regresnemer hetzelfde verjaringsverweer moet kunnen tegenwerpen als aan de direct benadeelde. Aan die vereiste is niet voldaan als men de termijn jegens de regresnemer laat aanvangen op het moment van uitkering; de termijn vangt dan jegens de regresnemer later aan dan jegens de direct benadeelde, zodat de verjaring later intreedt en dus het verjaringsverweer jegens de regresnemer zwakker is dan jegens de direct benadeelde. Dat gevolg kan men slechts afwenden door, zoals de Hoge Raad deed in zijn arrest van 1 april 2005, te overwegen dat de regresnemer zich jegens de aangesprokene op dat latere aflopen van de verjaringstermijn niet kan beroepen. Die toevoeging ontbreekt in het bedoelde hofarrest.

26.5 De zelfstandige verjaringsrechtelijke positie van de WAM-vordering

De WAM-vordering en de vordering van de benadeelde op de verzekerde zijn in verjaringsrechtelijk opzicht onafhankelijk van elkaar: de eventuele verjaring van die “onderliggende vordering” heeft op de WAM-vordering geen invloed en andersom heeft ook de verjaring van de WAM-vordering op de “onderliggende” vordering geen invloed.

Dat volgt uit het antwoord van het BenGR 21 december 1990¹⁸ op een vraag van uitleg van het Belgische Hof van Cassatie. In die casus was de vordering van de benadeelde op de verzekerde verjaard, nog voordat de vordering van de benadeelde op verzekeraar krach-

17 *RvdW* 2005, 50. Zie nader over dit arrest en de vraag wiens kennis doorslaggevend is § 22.2.4.

18 *NJ* 1991, 319.

tens de driejarige WAM-termijn zou verjaren. Ter toelichting: een situatie als de Belgische zal zich in Nederland niet snel voordoen, omdat naar huidig recht de verjaringstermijn in de verhouding tussen de benadeelde langer is (vijf jaar) dan die in de rechtstreekse verhouding met de WAM-verzekeraar (drie jaar).

De vraag aan het BenGR luidde of “aan de in artikel 10 van de Gemeenschappelijke Bepalingen [is artikel 10 WAM – JLS] gestelde regel omtrent de verjaring van de rechtsvordering voortvloeiende uit het (...) eigen recht van de benadeelde tegen de verzekeraar, afbreuk wordt gedaan door het bepaalde in artikel 26 jo artikel 28 van de Voorafgaande Titel van het Belgische Wetboek van Strafvordering”. Krachtens die Belgische artikelen was de vordering van de benadeelde op de verzekerde dus verjaard.

Het hof antwoordt ontkennend:¹⁹ “(...). Overwegende dat de tekst van artikel 10 geen steun biedt voor een bevestigend antwoord op die vraag en een dergelijk antwoord ook niet in overeenstemming zou zijn met het doel van de Benelux-Overeenkomst en de Gemeenschappelijke Bepalingen, een ruime bescherming aan verkeersslachtoffers te waarborgen;

(...). Overwegende dat uit de Gemeenschappelijke Toelichting blijkt dat die bepalingen ervan uitgaan dat de rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekeraar onafhankelijk is van de vordering van de benadeelde tegen de aansprakelijke;

(...). Overwegende dat de Belgisch-Nederlands-Luxemburgse studiegroep tot eenmaking van het recht in haar definitieve “Commentaar op de art. in de Gemeenschappelijke Bepalingen”, heeft benadrukt dat de rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekeraar op grond van artikel 6 van de Gemeenschappelijke Bepalingen onafhankelijk is van de vordering van de benadeelde tegen de verzekerde en dat aan die opvatting ten grondslag ligt de gedachte dat volgens artikel 10 de bescherming in de drie landen gelijk moet zijn en dit niet het geval zou zijn indien de werking van dit artikel zou kunnen worden beperkt door de nationale wet;”

Dit ogenschijnlijk voor de hand liggende oordeel was vóór het hofarrest geen gemeengoed. Zo was in de conclusie O.M. voor het hierna te bepreken HR 12 februari 1982²⁰ nog te lezen: “Kan (...) de rechtsverhouding verzekerde-verzekeraar zonder bezwaar voor de benadeelde wel eens ontbreken, dit is anders als de rechtsverhouding laedens-benadeelde niet of niet meer [cursivering toegevoegd – JLS] bestaat. Want, (...) aan het recht van de benadeelde om de verzekeraar, dan wel het Waarborgfonds rechtstreeks voor zijn schade aan te spreken, moet ten grondslag liggen de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de laedens/verzekerde. Indien deze zijde van de driehoek ontbreekt, behoeven verzekeraar noch Waarborgfonds uit te keren. En daarom kon, na het wegvallen van de op artikel 31 WVV steunende vordering door het verlopen van de vervaltijd van lid 9 (oud) van dit artikel, niet alleen de laedens niet meer – althans niet op die grondslag – worden aangesproken, maar evenmin de verzekeraar of het Waarborgfonds.” Ter toelichting: onder art. 31 van de oude WVV bedroeg de termijn een jaar. Vervolgens heeft hij enige tijd drie jaar bedragen. Daarna is art. 31 WVV vervangen door art. 185 WVV. Art. 185 WVV, de huidige regeling, kent geen eigen verjaringstermijn meer. Naar huidig recht geldt derhalve de algemene termijn van vijf jaar van art. 3:310 lid 1 BW.

Naar Nederlands recht zal eerder dan de vraag of verjaring van de onderliggende vordering de verjaring van de WAM vordering bewerkstelligt, de spiegelbeeldige vraag

¹⁹ R.o. 12-14.

²⁰ NJ 1982, 563; zie nader § 27.6.4.

rijzen, namelijk of de verjaring van de WAM-vordering van invloed is op de “gewone” vordering op de verzekerde; de WAM-termijn is immers drie jaar en de BW-termijn vijf. Voor bevestigende beantwoording van die vraag bestaat geen grond.²¹ Bevestigende beantwoording zou tot gevolg hebben dat de WAM de benadeelde er op achteruit doet gaan en dat is tegengesteld aan de strekking van de wet. Het voorgaande betekent dat het zich kan voordoen dat de verzekeraar niet meer in de procedure kan worden betrokken ingevolge de rechtstreekse actie uit de WAM, maar nog wel doordat hij door de aangesproken verzekerde krachtens de verzekeringsovereenkomst in vrijwaring wordt opgeroepen.

26.6 Stuiting

26.6.1 Stuiting door onderhandelingen

De WAM-vordering van de benadeelde op de verzekeraar wordt gestuit door een stuitingshandeling als bedoeld in het BW.

Het betreft: (i) art. 3:316 BW; het instellen van een eis, (ii) art. 3:317 BW; een schriftelijke aanmaning of een ondubbelzinnige mededeling en (iii) art. 3:318 BW; de erkenning.²²

Naast de stuitingshandelingen uit het BW voorziet de WAM in een voor de praktijk uitermate belangrijke bijzondere wijze van stuiten: art. 10 lid 5 van de WAM bepaalt dat de verjaring wordt gestuit door iedere onderhandeling tussen de verzekeraar en de benadeelde. De term onderhandeling wordt in ruime zin opgevat: volgens de toelichting bij de WAM vormt elke briefwisseling en elke mondelinge bespreking over de rechten van de benadeelde een onderhandeling. Dat criterium is door het BenGR nader gepreciseerd met de overweging dat correspondentie tussen de benadeelde en de verzekeraar slechts dan op grond van de mededelingen van deze laatste niet kan worden aangemerkt als “onderhandeling” in de zin van art. 10 lid 5 WAM, indien de benadeelde op grond van die mededelingen moet begrijpen dat de verzekeraar een regeling zonder meer uitsluit.

Wat onder het begrip “onderhandeling” moet worden verstaan, is uiteraard van groot belang bij de toepassing van art. 10 lid 5 WAM.

In de Gemeenschappelijke Toelichting staat dat de term in ruime zin moet worden opgevat en dat zij omvat “elke briefwisseling en elke mondelinge bespreking over de rechten van de benadeelde”.

Aan die intentie de term ruim te interpreteren heeft het BenGR in zijn herhaalde uitspraken over deze kwestie recht gedaan. In BenGR 5 juli 1985²³ had de verzekeraar een bericht van ontvangst van de aansprakelijkstelling gestuurd met de mededeling dat hij de zaak in behandeling nam. Die correspondentie werd door het BenGR voldoende geacht

21 Zo ook De Bosch Kemper, Gruben (2003), p. 73 en Hof Leeuwarden 22 maart 1995, *VR* 1997, 127.

22 Zie nader over deze stuitingswijzen hoofdstuk 24.

23 *NJ* 1986, 2.

om van onderhandelingen te kunnen spreken daar er niet sprake was van “een ondubbelzinnige en volstrekt afwijzende reactie van de verzekeraar”. De benadeelde hoefde “niet aan te nemen dat de verzekeraar een regeling zonder meer uitsluit, al heeft de verzekeraar geen blijk gegeven van enige bereidheid de aanspraak geheel of gedeeltelijk te honoreren”.

Op die voet voortgaand overwoog het BenGR in zijn standaardarrest van 20 oktober 1989:²⁴ “dat correspondentie tussen de benadeelde (daaronder ook begrepen de in diens rechten gesubrogeerde schadeverzekeraar) en de (...) verzekeraar slechts dan op grond van de mededelingen van deze laatste niet kan worden aangemerkt als “onderhandeling” in de zin van artikel [10 lid 5], indien de benadeelde op grond van die mededelingen moet begrijpen dat de verzekeraar een regeling zonder meer uitsluit.” Deze regel ziet men rechters, terecht, stevast toepassen bij beoordeling van de vraag of sprake is van onderhandelingen.

Betwisting van de stelling dat sprake is van onderhandelingen, is dus niet eenvoudig. Zo mislukte dat in Rechtbank Amsterdam 7 april 1997,²⁵ waar de verzekeraar had bericht: “Indien uw verzekerde veel te dicht achter zijn voorganger heeft gereden en vervolgens niet meer in staat zou zijn geweest adequaat te reageren kunt u dit niet onze verzekerde aanrekenen. Wij hebben het proces-verbaal via de officier van justitie aangevraagd. Na ontvangst hiervan komen wij op de zaak terug”. Zie ook Rechtbank Alkmaar 24 januari 2002:²⁶ “De brief van Alpina van 21 mei 1997 gericht aan de vader van Saker houdt geen ondubbelzinnige en volstrekt afwijzende reactie in waaruit (de vader van) Saker redelijkerwijs heeft moeten begrijpen dat Alpina in geen enkel opzicht niet [het woord “niet” lijkt een vergissing – JLS] meer tot nadere bespreking van een regeling bereid was en voor Saker reden had moeten zijn om, bij handhaving van zijn standpunt, een rechtsvordering in te stellen. In dit oordeel betreft de rechtbank ook de omstandigheid dat de brief van 21 mei 1997 van Alpina een (slechts) eerste reactie betrof op de eerste brief van (de vader van) Saker aan Alpina.” Conclusie: er was wel een onderhandeling.

Wanneer is dan *geen* sprake van onderhandelingen? Het BenGH bepaalde in zijn arrest van 9 juli 1981:²⁷ “Een of meer tot de verzekeraar gerichte, doch onbeantwoord gelaten aanvragen om vergoeding van de benadeelde vormen geen onderhandeling.” Een voorbeeld van toepassing van die regel biedt Hof Amsterdam 27 oktober 1994:²⁸ “Vaststaat dat de Zwolsche op deze brieven niet heeft gereageerd. In deze omstandigheden is van “onderhandelen” in de zin van voormelde bepaling geen sprake.” Als partijen dus niet over en weer met elkaar in contact staan, is er geen sprake van onderhandelingen.

In dat verband is interessant HR 4 juni 1993.²⁹ De benadeelde stelde zich in cassatie op het standpunt dat voor beantwoording van de vraag of sprake is van onderhandelingen beslissend is, “of de verzekeraar zich zodanig heeft gedragen ten opzichte van de benadeelde dat deze niet behoeft aan te nemen dat de verzekeraar een regeling van de schade zonder meer uitsluit, waarbij een (formele) aansprakelijkstelling niet steeds (zonder meer) vereist is”. De benadeelde had zelf geen contact gezocht met de verzekeraar, maar de verzekeraar had wel aan een bekende van de benadeelde verzocht om informatie en bewijsstukken betreffende de schade.

24 NJ 1990, 660, r.o. 12.

25 VR 1997, 205.

26 VR 2002, 218.

27 NJ 1982, 253.

28 VR 1995, 187.

29 VR 1994, 8.

De Hoge Raad oordeelt: “Het hof [het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba – JLS] heeft het vereiste van “uitwisseling van standpunten” aldus gepreciseerd dat van zulk een uitwisseling, naar zijn oordeel, eerst kan worden gesproken indien de benadeelde zijnerzijds aan de verzekeraar bericht of doet berichten dat en op grond van welk ongeluk hij van hem schadevergoeding verlangt. Dit oordeel is juist.” Dat was in deze zaak niet gebeurd, dus was er geen sprake van onderhandelingen.

Deze uitspraak is alleszins begrijpelijk. Dat geldt niet voor HR 3 mei 1985,³⁰ waar ook de stelling dat sprake was van onderhandelingen door de Hoge Raad werd afgewezen. In die zaak overwoog de Hoge Raad in het kader van zijn beoordeling van het hofarrest:³¹ “Door uitgaande van zijn oordeel dat de verzekeraar in de correspondentie de vordering van het A.B.P. steeds zonder voorbehoud heeft afgewezen, te beslissen dat van onderhandelingen in de zin van artikel 10 lid 3 [thans: lid 5 – JLS] WAM geen sprake is geweest, heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste opvatting van die bepaling.” Op die overweging *op zichzelf* is niets af te dingen, maar zij verhoudt zich moeizaam tot de feiten. Het hof had het rechtbankvonnis vernietigd. De rechtbank had overwogen: “De antwoordbrief van de [verzekeraar] d.d. 30 september 1968 vermeldt in de eerste alinea dat van aansprakelijkheid van haar verzekerde na diepgaand onderzoek niet is gebleken, maar in de tweede alinea schrijft zij dat “in dit stadium” de gerechtigdheid tot verhaal niet wordt erkend en dat men “in ieder geval” de afloop van een procedure in een soortgelijke zaak wil afwachten. Volgens de Rechtbank is hier sprake van een briefwisseling van dien aard, dat de indruk bij eiser of diens gemachtigde kon worden gewekt, dat gedaagdes rechtsvoorgangster een regeling, zij het in een later stadium, niet bij voorbaat uitsloot. Deze briefwisseling kan aldus worden aangemerkt als een onderhandeling in de zin van artikel 10, lid 3 WAM.” Tegen deze beslissing, waarvan de vernietiging door het hof dus door de Hoge Raad werd goedgekeurd, is, zou men denken, weinig in te brengen. Zo meende ook de A-G: “Deze argumentatie lijkt mij sterk. Niet is in te zien hoe het willen afwachten van de afloop van een soortgelijke procedure kan worden aangemerkt als een “zonder voorbehoud” afwijzen van de vordering.”

HR 3 mei 1985 is dus reeds bij geïsoleerde lezing moeilijk te begrijpen. De twijfel over het arrest neemt nog toe als wij in de analyse betrekken het later gewezen (en hiervoor besproken) standaardarrest BenGR 20 oktober 1989, waarin werd overwogen dat “correspondentie (...) slechts dan niet als onderhandeling wordt aangemerkt indien de benadeelde op grond van die mededelingen moet begrijpen dat de verzekeraar een regeling zonder meer uitsluit.” Daarvan is geen sprake als de verzekeraar bericht dat hij in ieder geval de afloop van een procedure in een soortgelijke zaak wil afwachten. De stelling dat de Hoge Raad thans tot een andersluidend oordeel zou zijn gekomen, lijkt daarom niet te gewaagd.

Over de stuiting door onderhandelingen als bedoeld in lid 5 ten slotte nog de volgende opmerking. De Bosch Kemper en Gruben schrijven: “Deze duurstuiting uit de WAM is onder de vaandels van de redelijkheid en billijkheid het terrein van het burgerlijk recht binnengedrongen (HR 1-2-2002), hoewel in het gewone burgerlijk recht de aard en omvang van de onderhandelingen wel veel meer om het lijf moeten hebben dan voor de WAM (...) voldoende is.”³² Die opmerking is enigszins verwarrend, omdat de Hoge Raad in dat arrest nu juist uitmaakte dat onderhandelingen in beginsel geen stuitende werking hebben: “De

30 I/R 1985, 80.

31 R.o. 3.3.

32 De Bosch Kemper, Gruben (2003), p. 74.

opvatting (...) dat (...) onderhandelingen op zichzelf de verjaring kunnen stuiten, kan derhalve niet als juist worden aanvaard”.³³

26.6.2 *Onderhandelingen tussen welke partijen?*

Art. 10 lid 5 WAM bepaalt dat de verjaring ten opzichte van de WAM-verzekeraar wordt gestuit door iedere onderhandeling tussen de verzekeraar en de benadeelde. Onder benadeelde moeten naast de rechtstreeks benadeelde tevens worden verstaan diens regresgerechtigden krachtens subrogatie of zelfstandig wettelijk recht en onder verzekeraar moet tevens worden verstaan het Waarborgfonds.

Wat betreft het begrip benadeelde vloeit zulks voort uit het reeds in het kader van art. 10 lid 1 gememoreerde art. 1 WAM. Dat onder de verzekeraar ook het Waarborgfonds moet worden verstaan vloeit voort uit art. 26 lid 8 WAM.

Hof Den Haag 6 juni 1996³⁴ is een zaak waarin de rolverdeling zodanig was dat *niet* tot stuiting krachtens art. 10 lid 5 WAM werd geoordeeld.

In die zaak betoogde de regreszoekende bedrijfsvereniging dat in het geval de aansprakelijke persoon zich niet tegen de wettelijke aansprakelijkheid als bedoeld in de WAM heeft verzekerd, de verjaring van haar vordering tegen het Waarborgfonds ook wordt gestuit door onderhandelingen met de aansprakelijke persoon zelf. Het hof oordeelt: “De bijzondere vorm van stuiting, bestaande in onderhandelingen, is volgens de tekst van het derde lid [thans vijfde lid – JLS] van artikel 10 WAM duidelijk beperkt tot onderhandelingen tussen de benadeelde en de verzekeraar. In verbinding met artikel 26, lid 8 WAM wordt de verjaring ook gestuit door onderhandelingen tussen de benadeelde en het Waarborgfonds. In de wetsgeschiedenis is geen steun te vinden voor de door [de bedrijfsvereniging] bepleite ruime en met de duidelijke tekst niet te verenigen uitleg.”

Gegeven de processuele stellingname van partijen is dit oordeel alleszins begrijpelijk. Inderdaad volgt uit (thans) lid 5 dat de WAM-specifieke “stuiting door onderhandelen” uitsluitend aan de orde is als die onderhandelingen plaatsvinden tussen de benadeelde en de verzekeraar, terwijl hier die onderhandelingen hadden plaatsgevonden tussen de benadeelde (c.q. de bedrijfsvereniging) en de aansprakelijke persoon zelf. Men kan zich voorstellen dat onder huidig recht de zaak anders was afgelopen als de bedrijfsvereniging niet zozeer voor het anker van de WAM-specifieke stuiting door onderhandeling was gaan liggen, maar had betoogd dat één van haar schriftelijke uitingen aan de aansprakelijke persoon moet worden gekwalificeerd als een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt in de zin van art. 3:317 BW – verondersteld uiteraard dat zij ergens in het proces een dergelijk mededeling had gedaan. Deze mededeling zou een stuiting van de rechtsvordering tegen de aansprakelijke partij constitueren, welke dan krachtens art. 10 lid 4 WAM tevens stuiting van de verjaring van de rechtsvordering tegen de verzekeraar (c.q. het Waarborgfonds) tot gevolg heeft.

³³ Zie nader over de stuitende werking van onderhandelingen § 18.8.

³⁴ VR 1997, 42.

26.6.3 De duurstuiting

De stuiting door onderhandeling met de verzekeraar is een zogenaamde duurstuiting: een nieuwe termijn van drie jaar begint pas te lopen op het ogenblik waarop een van de partijen bij deurwaardersexploit of aangetekende brief aan de andere partij heeft kennisgegeven dat zij de onderhandelingen afbreekt.

Aldus art. 10 lid 5 WAM. Een duurstuiting verschilt wezenlijk van de gewone stuiting als bedoeld in de art. 3:316 tot en met 3:318 BW: dat laatste type stuiting heeft tot gevolg dat direct een nieuwe termijn begint te lopen (zie art. 3:319 BW). Van een voortdurend stuitende werking als in art. 10 lid 5 WAM is daar dus geen sprake.

Als eenmaal sprake is van onderhandelingen begint pas weer een nieuwe termijn te lopen als een van de partijen bij deurwaardersexploit of aangetekende brief te kennen geeft dat zij de onderhandeling afbreekt. In de praktijk wordt die kennisgeving zelden of nooit gedaan. Voor het doen van een dergelijke formeel aangezette mededeling bestaat binnen het gewone onderhandelingstraject geen aanleiding, en een wezenlijk verjaringsrechtelijk belang is er voor de verzekeraar ook niet mee gediend: in plaats van eindeloos de tijd heeft de benadeelde dan nog drie jaar de tijd om zijn vordering door te zetten. Ook die drie jaar zal voor hem rijkelijk genoeg zijn. Voorts kan men zich voorstellen dat van een expliciete beëindiging van de onderhandelingen een zekere provocatieve werking uitgaat, in de zin dat de benadeelde genegen raakt dan maar een procedure te beginnen. Die wending zal de verzekeraar veelal onwenselijk vinden.

In dat licht valt te betwijfelen of de volgende aanbeveling van voldoende realiteitszin getuigt: “De verzekeraar doet er dan ook verstandig aan om, wanneer hij niets meer van de benadeelde hoort of ontvangt, met een deurwaardersexploit of aangetekende brief de benadeelde er van in kennis te stellen dat hij de onderhandelingen afbreekt.”³⁵

De vraag is gerezen of naast het exploit en de aangetekende brief ook een vaststellingsovereenkomst de duurstuiting doet eindigen. De Bosch Kemper en Gruben schrijven³⁶ in commentaar op een bindend advies van Asser³⁷ dat naar hun oordeel ten onrechte werd geoordeeld dat: “de onderhandelingen ook werden afgebroken door een dading, hoewel in die dading zelfs uitdrukkelijk nog de mogelijkheid was opengehouden voor nieuwe claims.” Als het inderdaad zo is dat van de vaststellingsovereenkomst bepaalde punten zijn uitgesloten (dat was in het betreffende bindende advies het geval; zie alinea 2.4 van dat advies) dan geldt eenvoudig de vaststellingsovereenkomst niet ten aanzien van die punten en is er dus ook geen reden om aan te nemen dat die overeenkomst de stuiting ten aanzien van die punten zou doen eindigen. Ten aanzien van punten die wél in de vaststellingsovereenkomst zijn begrepen, lijkt het echter onlogisch dat de duurstuiting niet onderbroken zou zijn.

Immers, de rechtvaardiging van de duurstuiting moet men zoeken in het feit dat onderhandelingen een proces van soms lange, tevoren onvoorspelbare duur zijn, en het dus niet logisch is de verjaring te doen intreden drie jaar *na aanvang* van dat proces. Die overweging betreffende de tijdsduur van het onderhandelingsproces geldt niet bij de stuitingshandelingen van het BW (aanmaning, ondubbelzinnig voorbehoud en erkenning) omdat

³⁵ Robben, diss., p. 190.

³⁶ De Bosch Kemper, Gruben (2003), p. 74.

³⁷ 7 oktober 1998, VR 1999, 83.

die handelingen niet voortduren, maar slechts een moment beslaan; daar treft men de figuur van de duurstuiting dus niet. Evenmin, en daar gaat het hier om, geldt die overweging betreffende de duur van onderhandelingen ten aanzien van posten die in de vaststellingsovereenkomst zijn begrepen, omdat wat betreft die posten, getuige juist de vaststellingsovereenkomst, de onderhandelingen ten einde zijn. Zoals een nieuwe termijn van drie jaar aanvangt als een van de partijen de onderhandelingen eenzijdig, in de woorden van art. 10 lid 5 BW, “afbreekt”, zo moet ook een nieuwe termijn aanvangen als partijen gezamenlijk wegens het bereiken van overeenstemming de onderhandelingen “afbreken”.

Men kan tegenwerpen dat de opsomming in art. 10 lid 5 WAM van handelingen die de aanvang van een nieuwe termijn van drie jaar doen aanvangen – “bij deurwaardersexploot of aangetekende brief” – limitatief oogt en dat bovendien niet voor niets formele vereisten gelden. De vaststellingsovereenkomst is niet genoemd en kent geen vormvereisten. Moeilijk voorspelbaar is of het BenGR hieraan overwegend gewicht zou willen toekennen.

Overigens kan men zich voortgaand op het bovenstaande ook nog de vraag stellen of een erkenning als bedoeld in art. 3:318 BW de duurstuiting afbreekt in de zin dat zij een nieuwe termijn van drie jaar doet aanvangen. Het antwoord en de daaraan ten grondslag liggende redenering zijn gelijklopend aan hetgeen werd opgemerkt ten aanzien van de vaststellingsovereenkomst.

Dat de stuiting van art. 10 lid 5 WAM een duurstuiting is, betekent dat een beroep op rechtsverwerking tegen de benadeelde wegens (aanzienlijk) tijdsverloop in beginsel niet slaagt. Zo had in Rechtbank Rotterdam 20 augustus 2003³⁸ het laatste onderhandelingscontact plaatsgevonden op 13 oktober 1993 en werden de gesprekken pas weer hervat eind 2000. De WAM-verzekeraar stelde zich op het standpunt dat de benadeelde door zo lang te wachten zijn recht had verwerkt. De rechtbank oordeelde: “Om aan te kunnen nemen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat eiser de rechtsvordering nog geldend zou kunnen maken, is enkel tijdsverloop of enkel stilzitten onvoldoende. Vereist is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij gedaagde het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat eiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zou maken, hetzij gedaagde in haar positie onredelijk zou worden benadeeld ingeval eiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken. Naar het oordeel van de rechtbank is aan die vereisten niet voldaan.” Voorts dichtte de rechtbank in dat kader relevantie toe aan het feit dat gedaagde een professionele verzekeringsmaatschappij is zodat aan haar strengere eisen dienen te worden gesteld met betrekking tot het veiligstellen van haar bewijspositie. Die laatste toevoeging lijkt niet van dragend belang te zijn voor het oordeel van de rechtbank, daar vaste rechtspraak is dat enkel stilzitten voor rechtsverwerking onvoldoende is, ook als het een vordering tegen een niet-verzekeraar betreft.

26.6.4 *Stuiting tegen de verzekerde stuit ook tegen de verzekeraar*

Art. 10 lid 4 WAM eerste deel bepaalt dat handelingen die de verjaring van de rechtsvordering van een benadeelde tegen een verzekerde stuiten tevens de verjaring van de rechtsvordering van die benadeelde tegen de verzekeraar stuiten.

38 NJF 2003, 36.

Een voorbeeld van toepassing van deze bepaling biedt HR 12 februari 1982.³⁹ De gesubrogeerde ziektekostenverzekeraar van het slachtoffer dagvaardde de veroorzakende automobilist tot schadevergoeding, binnen drie jaar na het ongeval. Daardoor was jegens de laedens de verjaring gestuit. Het Waarborgfonds stelde zich in zijn cassatiemiddel op het standpunt dat met die stuiting de verjaring jegens hem nog niet was gestuit. De Hoge Raad overwoog: “De in dit verband van belang zijnde eerste zin van artikel 10 lid 2 luidt [dat is de voorloper van het huidige lid 4 – JLS]: “Handelingen die de verjaring van de rechtsvordering van een benadeelde tegen een verzekerde stuiten, stuiten tevens de verjaring van de rechtsvordering van die benadeelde tegen de verzekeraar”. Deze bepaling kan niet anders worden begrepen dan als mee te brengen dat in geval van een rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekeraar op grond van artikel 6 WAM de stuiting van de verjaring van de rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekerde – op het bestaan van welke rechtsvordering het eigen recht van de benadeelde tegen de verzekeraar mede is gebaseerd – ook tegen de verzekeraar kan worden ingeroepen.” Aldus volgde verwerping van het beroep.

De Hoge Raad gaat met deze enkele verwijzing naar de tekst van de wet voorbij aan de centrale pijler in de motivering van het middel, zijnde dat het bepaalde in (het huidige) art. 10 lid 4 WAM slechts van toepassing is op vorderingen welke voortvloeien uit de WAM en niet op die welke voortvloeien uit art. 31 WVV. Volgens het middel had het dus helemaal niet tot toepassing van art. 10 lid 4 WAM moeten komen, zodat stuiting jegens de verzekerde niet tevens stuiting jegens de verzekeraar tot gevolg had. Die betwisting van toepasselijkheid van art. 10 lid 4 WAM doet ook wel erg geforceerd aan. Volgens art. 6 lid 1 jo. art. 3 lid 1 WAM heeft de benadeelde jegens de verzekeraar een eigen recht op schadevergoeding wegens de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de automobilist. Die burgerrechtelijke aansprakelijkheid is hier gegeven, dus is er een vordering van de benadeelde op de verzekeraar uit hoofde van de WAM en dus is art. 10 lid 4 van toepassing. Of die vordering van de benadeelde nu berust op het BW of de WVV doet, anders dan het middel lijkt te suggereren, niet terzake. Art. 3 lid 1 WAM maakt geen onderscheid naar type “burgerrechtelijke aansprakelijkheid”. Zie in die zin ook het hierna te bespreken BenGR 20 oktober 1989.⁴⁰

Overigens was in het hier besproken HR 12 februari 1982 de primair aansprakelijke persoon, de automobilist, niet verzekerd. Daar art. 10 lid 4 WAM steeds spreekt van de “verzekerde”, zou die omstandigheid twijfel over werking van die bepaling kunnen doen rijzen; strik beschouwd was er helemaal geen “verzekerde”. Deze twijfel wordt echter weggenomen doordat art. 26 lid 8 WAM expliciet art. 10 WAM van overeenkomstige toepassing verklaart op de rechtsvordering van de benadeelde tegen het Waarborgfonds.

26.6.5 *Stuiting tegen de verzekeraar stuit ook tegen de verzekerde*

Art. 10 lid 4 WAM tweede deel bepaalt, spiegelbeeldig aan het eerste deel, dat handelingen die de verjaring van de rechtsvordering van een benadeelde tegen de verzekeraar stuiten, tevens de verjaring van de vordering van de benadeelde tegen de verzekerde stuiten.

³⁹ NJ 1982, 563.

⁴⁰ NJ 1990, 660.

Een voorbeeld van toepassing van deze bepaling biedt BenGR 20 oktober 1989.⁴¹ In november 1982 vond een ongeluk plaats. De gesubrogeerde ziektekostenverzekeraar van het slachtoffer begon in september 1983 met de WAM-verzekeraar van de veroorzaker over de schade te onderhandelen. Pas in mei 1987, dat is ruim na het verstrijken van de (destijds) toepasselijke driejarige verjaringstermijn van de WVV, sprak de gesubrogeerde ziektekostenverzekeraar de verzekerde aan. De verzekerde stelde zich op het standpunt dat de onderhandelingen tussen de ziektekostenverzekeraar en zijn WAM-verzekeraar de verjaring van de vordering tegen hem niet hebben gestuit, en dat dus de vordering verjaard is.

Het BenGR overweegt dat:⁴² “wanneer de verjaring van de rechtsvordering van een benadeelde tegen de verzekeraar is gestuit door een onderhandeling als bedoeld in artikel 10 par. 3 Gemeenschappelijke Bepalingen [is artikel 10 lid 5 WAM – JLS], zulks krachtens artikel 10 par. 2 [is artikel 10 lid 3 WAM – JLS] tweede zin van die bepalingen tot gevolg heeft dat de verjaring van de rechtsvordering van de benadeelde tegen de verzekerde eveneens is gestuit, ongeacht op welke nationale wetsbepaling die rechtsvordering is gegrond en mitsdien ook wanneer die rechtsvordering is gegrond op artikel 31 WVV”.

Die toevoeging beginnend met “ongeacht” was in reactie op de stelling van de automobilist dat de onderhandeling met de verzekeraar niet een vordering ex. art. 31 WVV zou stuiten. Eerder in zijn arrest⁴³ had het hof te dien aanzien al overwogen: “dat de rechtstreekse vordering tegen de verzekeraar berust op het “eigen recht” dat de benadeelde krachtens artikel 6 Gemeenschappelijke Bepalingen heeft “tegen de verzekeraar”; dat de grondslag van dit “eigen recht” in artikel 6 niet nader wordt aangegeven doch dat deze, zoals volgt uit de samenhang van het artikel met de overige bepalingen, moet worden gevonden in het recht dat de benadeelde op grond van “de burgerrechtelijke aansprakelijkheid” van de in artikel 3 par. 1 vermelde verzekerden tegen deze laatste geldend kan maken;

(...). O. dat dit recht blijkens artikel 3 par. 3 naar zijn inhoud wordt bepaald door “de toepasselijke wet”, waarbij geen enkel onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende grondslagen waarop burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de verzekerden volgens die wet kan berusten, zoals met name – wat de Nederlandse wet betreft – de bepalingen van het BW omtrent onrechtmatige daad of artikel 31 WVV dan wel overeenkomst”.

Vóór dit arrest uit 1989 was de vraag of onderhandelingen met de WAM-verzekeraar ook stuiting van de verjaring van de vordering uit art. 31 WVV ten gevolg heeft, onderwerp van discussie. Mijnsen schreef in zijn noot na het voornoemde HR 12 februari 1982: “De meest wenselijke oplossing zou m.i. zijn aan te nemen dat, voorzover het de verzekeraar of het fonds betreft, ook de verjaring ex artikel 31 lid 10 WVV door onderhandelingen wordt gestuit, maar dat die onderhandelingen, wat de primair aansprakelijke betreft, de verjaring niet stuiten. Dat zou echter een wel zeer vrijmoedige interpretatie van artikel 10 lid 2 WAM betekenen. De verzekeraar, c.q. het fonds, is immers alleen aansprakelijk indien en voorzover de verzekerde aansprakelijk is.” Dat die oplossing een vrijmoedige interpretatie is van, thans, art. 10 lid 4 WAM *omdat* de verzekeraar alleen aansprakelijk is indien en voor zover de verzekerde aansprakelijk is, is na het hiervoor besproken BenGR 21 december

41 NJ 1990, 660; dit arrest kwam hiervoor in het kader van bespreking van het begrip “onderhandelingen” ook al aan de orde § 27.6.1.

42 R.o. 22.

43 In r.o. 16 en 17.

1990 niet goed meer vol te houden: uit dat arrest blijkt immers dat het heel goed mogelijk is dat de benadeelde nog een vordering tegen de verzekeraar heeft ondanks de verjaring van zijn vordering tegen de verzekerde. Veeleer is die oplossing vrijmoedig omdat zij direct strijdt met de tekst van de wet: in lid 5 staat dat de verjaring wordt gestuit door onderhandeling tussen de benadeelde en de verzekeraar, in lid 4 staat dat handelingen die jegens de verzekeraar stuiten ook jegens de verzekerde stuiten, *dus* stuiten onderhandelingen met de verzekeraar ook jegens de verzekerde. Zo in wezen ook de geciteerde r.o. 22 van het BenGR.

Dat gezegd hebbende: de inhoudelijke bedenkingen die Mijnsen doen neigen tot het oordeel dat onderhandelingen met de verzekeraar niet jegens de laedens stuiten, zijn niet onbegrijpelijk. Hij wijst erop dat de primair aansprakelijke buiten die onderhandelingen staat. Inderdaad is het onder die omstandigheden erg bezwarend als hij na lange tijd alsnog met een reeds lang door hem vergeten vordering wordt geconfronteerd. Brunner zoekt de rechtvaardiging in zijn noot onder BenGR 20 oktober 1989 langs de volgende lijn: “Zonder die bepaling [het huidige lid 4 – JLS] zou het mogelijk zijn, dat de aansprakelijkheid tegen de verzekeraar nog bestaat, terwijl die tegen de primair aansprakelijke is verjaard, wat in strijd komt met het karakter van de WAM-verzekering als een soort wettelijke borgtocht voor de schuld van de naar burgerlijk recht aansprakelijke persoon.” Ook die stelling is na BenGR 21 december 1990 niet meer goed verdedigbaar: als gezegd impliceert dat arrest dat de twee vorderingen wel degelijk op verschillende tijdstippen kunnen verjaren, zodat het volgens het BenGR niet in strijd met het karakter van de WAM-verzekering komt als de vordering tegen de verzekeraar nog bestaat terwijl die tegen de primair aansprakelijke is verjaard.

Voor een nadere academische discussie over de kern van dit probleem, te weten de moeizame verhouding tussen de strekking van lid 4 (dat wil dat de vorderingen tegelijk verjaren) en BenGR 20 oktober 1989 (dat toestaat dat de vorderingen op uiteenlopende momenten verjaren) is in dit op de praktijk gerichte deel geen ruimte. Na de constatering dat het BenGR nu eenmaal heeft geoordeeld dat de onderhandelingen met de verzekeraar ook jegens de primair aansprakelijke stuiten, rijst de vraag wat precies het gevolg is van de stuiting in die verhouding. *Dat* de verjaring wordt gestuit is nu duidelijk, maar is die stuiting ook een *duurstuiting* jegens de verzekerde?

De Bosch Kemper en Gruben zijn uitgesproken:⁴⁴ “Het kan niet zo zijn dat de duurstuiting van de verjaring van het vorderingsrecht op de verzekeraar door onderhandelingen met die verzekeraar diezelfde werking heeft tegen de verjaring van de vordering tegen de aansprakelijke persoon.”

Een argument om in de verhouding verzekerde – benadeelde inderdaad geen duurstuiting aan te nemen is het volgende. De stuitingsartikelen uit het BW die de stuiting in de gewone civielrechtelijke verhouding tussen benadeelde en verzekerde regelen, kennen de duurstuiting niet. De implantatie van de duurstuiting vanuit de WAM in die verhouding bezwaart de positie van de laedens, terwijl daarvoor gelet op het primaire doel van de WAM geen rechtvaardiging bestaat. Dat doel is immers om *naast* de laedens een solide debiteur te stellen. Bevoordeling van de benadeelde in zijn verhouding tot de laedens door hem daar de duurstuiting te gunnen, draagt tot de verwezenlijking van dat doel niet bij.

Als men enerzijds constateert dat onderhandelingen tussen benadeelde en verzekeraar stuitende werking hebben in de verhouding tussen de benadeelde en de verzekeraar, maar

44 De Bosch Kemper, Gruben (2003), p. 76.

anderzijds veronderstelt dat die stuiting geen duurstuiting zou moeten zijn, rijst de vraag wat die stuiting dan wél precies behelst. Men zou aansluiting kunnen zoeken bij Breedveld-de Voogd en Stolker,⁴⁵ die in het kader van hun pleidooi ook onder het BW aan onderhandelingen stuitende werking toe te kennen, schrijven dat elke schriftelijke stap in de onderhandelingsfase de verjaring stuit. Bij iedere schriftelijke stap begint dan, in de woorden van art. 3:319 BW, “een nieuwe termijn te lopen met de aanvang van de volgende dag”.

Noemenswaard is nog de wat merkwaardige zaak die het Hof den Bosch in zijn arrest van 30 juli 1997⁴⁶ beoordeelde. Daar sprak de bedrijfsvereniging de WAM-verzekeraar aan, ruim vier jaar na het ongeval. De rechtstreekse WAM-vordering was toen dus al verjaard, maar desondanks werden onderhandelingen gevoerd tussen de bedrijfsvereniging en de WAM-verzekeraar. Toen die onderhandelingen niets opleverden, sprak de bedrijfsvereniging alsnog de verzekerde aan. Hoewel in beginsel onderhandelingen met de WAM-verzekeraar, zoals hiervoor bleek, tevens stuiten in de verhouding met de verzekerde, gold dat hier niet omdat de vordering op de WAM-verzekeraar reeds was verjaard. De onderhandelingen hadden geen stuitende werking meer krachtens art. 10 lid 5 WAM omdat immers een voltooide verjaring niet meer gestuit kan worden. Er was dus ook geen stuiting die krachtens lid 4 kon doorwerken in de relatie tot de verzekerde. Uiteindelijk kwam het daardoor aan op de (niet WAM-gerelateerde) vraag of de WAM-verzekeraar zijn verzekerde had vertegenwoordigd. De ontkennende beantwoording van die vraag door het Hof den Bosch kwam hiervoor aan de orde.⁴⁷

Over de toepasselijkheid van het tweede deel van art. 10 lid 5 WAM gaat Rechtbank Den Haag 13 april 1988.⁴⁸ In die zaak was onduidelijk welke van twee partijen het ongeval had veroorzaakt. Om die reden werd de vordering tegen de beide WAM-verzekeraars van de veroorzakende voertuigen afgewezen. De vraag rees vervolgens of de onderhandelingen die de benadeelde met beide verzekeraars had gevoerd, stuitende werking jegens het Waarborgfonds hadden. De rechtbank oordeelde bevestigend: “Gelet op doel en strekking van de WAM brengt een redelijke uitleg van artikel 26 lid 8 juncto artikel 10 WAM met zich mee dat ook de vordering van [de benadeelde] tegenover het Waarborgfonds ex artikel 25 WAM wordt gestuit door onderhandelingen tussen [de benadeelde] en de verzekeraars van bij het ongeval betrokken voertuigen.” De Bosch Kemper en Gruben⁴⁹ wijzen op een ongepubliceerde uitspraak van het Hof Den Haag van 16 maart 1993 waarin een gelijk-luidende beslissing werd genomen. Deze uitspraken zijn op het eerste gezicht opmerkelijk, omdat wordt geoordeeld dat de onderhandelingen jegens de verzekerde hebben gestuit, terwijl die verzekerde nu juist niet kan worden aangewezen. Gelet op de functie van het Waarborgfonds echter, te weten het bieden van een voorziening waar verzekeringsdekking ontbreekt – dat is het geval waar de dader niet kan worden geïdentificeerd –, zijn zij alleszins begrijpelijk.

45 Breedveld-de Voogd, Stolker, WPNR 1993, p. 203.

46 VR 1998, 70.

47 Zie § 24.4.

48 VR 1989, 7.

49 De Bosch Kemper, Gruben (2003), p. 77.

DEEL 4

Capita selecta

27 | De verhouding tussen verjaring en rechtsverwerking op grond van tijdsverloop

27.1 Inleiding

Is er naast de verjaringsregeling plaats voor rechtsverwerking op grond van tijdsverloop? Volgens vaste rechtspraak is louter tijdsverloop voor rechtsverwerking onvoldoende. Verlies van recht door louter tijdsverloop wordt immers al door de verjaring geregeld; zouden wij rechtsverlies wegens louter tijdsverloop vóór ommekomst van de verjaringstermijn aannemen, dan zou de rechtszekerheid die de vaste verjaringstermijnen beogen te bieden, verloren gaan.

De vraag of er naast de verjaringsregeling plaats is voor rechtsverwerking op grond van tijdsverloop, kent een lange geschiedenis. Het probleem lijkt evenwel met de komst van het nieuwe verjaringsrecht belangrijk aan betekenis te hebben ingeboet. Door de dertigjaarstermijn voor een vijfjaarstermijn te vervuilen, straft het nieuwe recht het nodeloze dralen door de crediteur 25 jaar eerder af dan het oude.¹ Illustratief in dat verband is dat in de belangrijke arresten over verjaring en rechtsverwerking onder het oude recht de ‘litigieuze periode’ bijna steeds langer is dan vijf jaar, zodat naar huidig recht de discussie met het eenvoudige inroepen van de vijfjaarstermijn zou zijn beslecht.²

Het afgenomen belang van de discussie over rechtsverwerking lijkt mij een verdienste van het nieuwe verjaringsrecht. Dat onder het oude recht verschil van mening kon bestaan, bijvoorbeeld, over de status van een vordering die nodeloos meer dan een decennium onaangeroerd was gebleven met ernstig nadeel voor de aangesprokene tot gevolg, is een blijk van onvermogen van dat oude recht: vanzelfsprekend moet aan de crediteur zijn nodeloze dralen worden tegengeworpen.

1 Dat is een beetje retorisch gezegd. De vijfjaarstermijn vangt aan als de crediteur in staat is te vorderen en de oude dertigjaarstermijn bij opeisbaarheid van de vordering. Die twee momenten vallen niet altijd samen: de opeisbaarheid kan later gelegen zijn dan het moment waarop de benadeelde in staat raakt te vorderen (denk aan toekomstige schade), maar ook eerder (denk aan het geval waarin de crediteur zijn vordering niet kent). De som 30 minus 5 is dus niet in alle gevallen de juiste. Aan de strekking van mijn opmerking doet die bedenking weinig af.

2 In dat licht lijkt mij niet juist de opmerking van Schoordijk dat “Rechtsverwerking (...) ook een grotere rol [zal] gaan spelen nu de verjaringstermijnen in het Nieuw BW zo verkort zijn” (1991, p. 22). Die verkorting lijkt de rol van de rechtsverwerking dus juist niet te doen toenemen, integendeel. Zie in deze zin ook Brunner, die onder verwijzing naar de Parlementaire geschiedenis schrijft: “Door uitbreiding in het nieuwe BW van de gevallen waarin een korte verjaringstermijn geldt, wordt immers het instituut van de rechtsverwerking teruggedrongen ten gunste van het instituut van de verjaring.” (Themis 2001, p. 244).

Met de constatering dat het belang van de vraag naar rechtsverwerking wegens tijdsverloop is afgenomen, is uiteraard nog niet gezegd dat het probleem helemaal uit de wereld is. Ook onder de thans geldende termijn van – in de regel – vijf jaar, kan nog de vraag rijzen of, bijvoorbeeld, de crediteur met het nemen van actie wel viereneenhalf jaar nodeloos mocht wachten ten detrimente van de debiteur. Maar ook in andere gevallen doet het probleem zich nog voor; te denken is aan de zaak waarin de crediteur in een periode van negen jaar tot zes maal toe niet tot dagvaarding overging terwijl zulks op grond van haar in diezelfde periode tot de schuldenaar gerichte brieven wel verwacht mocht worden.³

Nog daargelaten de voortdurende praktische betekenis van het probleem, lijkt mij een proefschrift over verjaring zonder dogmatische beschouwing over de verhouding tot rechtsverwerking incompleet.

27.2 Onder het oude recht werd de facto rechtsverwerking op grond van louter tijdsverloop aanvaard

Enkel tijdsverloop is voor rechtsverwerking niet voldoende. De Hoge Raad zegt het als volgt:

“Uitgangspunt (...) is dat enkel tijdsverloop geen toereikende grond oplevert voor het aannemen van rechtsverwerking, immers daartoe vereist is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzwaaard in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken.”⁴

Er moeten dus ‘bijzondere omstandigheden’ zijn. De Hoge Raad verstaat daaronder (i) gerechtvaardigd vertrouwen bij de debiteur dat geen nakoming meer wordt gevorderd en (ii) onredelijke benadeling van zijn positie als de vordering alsnog geldend wordt gemaakt. Wat de Hoge Raad verstaat onder het tweede criterium, onredelijke benadeling, blijkt bijvoorbeeld uit zijn arrest van 30 mei 1997.

Veertien jaar na het verkeersongeval werd een vordering ingesteld. Het Hof oordeelt dat de benadeelde zijn recht op schadevergoeding heeft verwerkt. De Hoge Raad overweegt:

“het Hof [heeft] voor zijn oordeel dat sprake is van rechtsverwerking vooral betekenis toegekend aan de omstandigheid dat ACN en Joldersma in hun bewijspositie onredelijk zijn benadeeld, maar ook enig gewicht toegekend aan de omstandigheid dat ACN en Joldersma de mogelijkheid is ontnomen om op de financiële gevolgen van de eventueel

3 HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 328.

4 HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 89, r.o. 3.3.

verschuldigde schadevergoeding te anticiperen. (...) Door aldus te oordelen, heeft het Hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.”⁵

Ik schreef al: rechtsverwerking op grond van tijdsverloop wordt afgewezen, omdat een andersluidend oordeel de rechtszekerheid die verjaringstermijnen beogen te bieden, teniet zou doen. Immers, voor louter tijdsverloop hebben wij de verjaring al; als men nu het beroep van de debiteur op louter tijdsverloop vóór ommekomst van de verjaringstermijn honoreert, is de verjaringstermijn niets meer waard.⁶

Zou dat het motief zijn voor de regel dat sprake moet zijn van ‘tijdsverloop vermeerderd met bijzondere omstandigheden’, dan rijst de vraag of in de rechtspraak inderdaad uitsluitend een beroep op rechtsverwerking slaagt als sprake is van omstandigheden die niet voortvloeien uit louter tijdsverloop. Als dat niet zo is, wordt het adagium dat louter tijdsverloop voor rechtsverwerking onvoldoende is door de Hoge Raad slechts in woord beleden. Ik geloof dat die conclusie inderdaad gerechtvaardigd is.

Immers, zijn de verslechterde bewijspositie en de onmogelijkheid financieel te anticiperen bij tijdsverloop werkelijk ‘bijzondere omstandigheden’? Dat is toch moeilijk vol te houden. De zaak waarin meer dan een decennium is verstreken en de aangesprokene geen bewijsrechtelijk nadeel ondervindt en hij met de nakoming nog rekening heeft gehouden, lijkt mij bepaald eerder uitzondering dan regel. In de geciteerde uitspraak lag het accent op het ‘nadeel’ in de zin van een verslechterde bewijs- en rechtszekerheidspositie (de als tweedegenoemde grond voor rechtsverwerking), maar ik maak mij sterk dat de debiteur zaken van vergelijkbaar hoge leeftijd evenzogoed kan aanvoeren dat hij erop is gaan vertrouwen niet meer te worden aangesproken (de eerstgenoemde grond om rechtsverwerking aan te nemen). De bijzondere omstandigheden die de Hoge Raad noemt zijn dus niet bijzonder, maar, integendeel, het typische gevolg van substantieel tijdsverloop. Zij doen zich onherroepelijk in toenemende mate voor.⁷

5 HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 544, r.o. 3.3.4 en 3.3.5.

6 Houwing (1968), p. 107, verwoordt het zo: “Wat deze Verwirkung [betekent: rechtsverwerking door louter stilzitten – JLS] voor ons onaantvaardbaar maakt, is dat zij in wezen neerkomt op een tenietgaan van een recht door enkele tijdsverloop, hetwelk volkomen in strijd is met de wettelijke regels omtrent het tenietgaan van rechten door verjaring een verval. En wat zij in de laatste plaats van de wettelijke, algemene, door hun vastheid de rechtszekerheid dienende verjarings- en vervaltermijnen stelt, dat zijn volkomen onvaste en onberekembare, want van alle bijzonderheden van elk afzonderlijk geval en van de goede trouw afhankelijke termijnen.” Zie in vergelijkbare zin Valk, diss., o.a. p. 83.

7 Zo bezien is ook de tegenstelling tussen ‘enkel tijdsverloop’ en ‘tijdsverloop met bijzondere omstandigheden’ ongelukkig. Als wij in navolging van de Hoge Raad nog zouden aannemen dat bijzondere omstandigheden zijn gelegen in (i) het vertrouwen van de debiteur dat hij niet meer zal worden aangesproken en (ii) de verzwaring van zijn bewijs- en rechtszekerheidspositie, dan kan men niet zeggen dat bijzondere omstandigheden er wél of niet zijn, maar moet men zeggen dat bijzondere omstandigheden er in meer of mindere mate zijn; het vertrouwen dat wel niet meer gevorderd zal worden neemt met het voortschrijden van de tijd toe; de kwaliteit van bewijs neemt met het voortschrijden van de tijd af; het vermogen raakt met het voortschrijden van de tijd minder op nakoming ingericht. Ik verwijs voor een bredere uiteenzetting over de invloed van tijd op de positie van de debiteur naar het eerste deel van dit boek.

Als wij veronderstellen dat inderdaad na substantieel tijdsverloop in de grote meerderheid der gevallen, óf de debiteur erop is gaan vertrouwen dat hij niet meer zou worden aangesproken, óf dat hij is benadeeld doordat zijn bewijspositie is ondergraven en hij met nakoming geen rekening meer hield, dan heeft de Hoge Raad voor die grote meerderheid van gevallen in feite de vaste termijn de deur gewezen. Er is een vloeiende grens voor in de plaats gekomen: gevallen waarin zich louter tijdsverloop heeft voorgedaan, waar zich met andere woorden geen voor tijdsverloop atypische ‘verscherping’ van de casus heeft voorgedaan, worden in plaats van door de rechtszekere vaste termijn beheerst door de onzekere, want termijnloze, rechtsverwerking.

Het lijkt een krasse stelling: de Hoge Raad neemt tot uitgangspunt dat louter tijdsverloop voor rechtsverwerking onvoldoende is, maar formuleert een regel die tot het diametraal tegenovergestelde resultaat leidt. Twee opmerkingen.

Ten eerste is wellicht niet eerder zo uitgesproken verdedigd dat naar de regel van de Hoge Raad louter tijdsverloop voor rechtsverwerking volstaat, maar twijfel over wat in het criterium van de Hoge Raad ‘het meerdere’ naast tijdsverloop voorstelt, is niet nieuw. Bijvoorbeeld Tjittes schrijft:

“Enkel tijdsverloop kan er dus toe leiden dat bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen wordt gewekt dat de schuldeiser geen aanspraak (meer) maakt op zijn recht. Het aannemen van rechtsverwerking wordt dan te eenvoudig. Er moeten naar mijn mening hogere eisen gesteld worden aan de motivering van de rechter die op deze grond rechtsverwerking aanneemt.”⁸

Ten tweede: met de constatering dat de Hoge Raad rechtsverwerking op grond van louter tijdsverloop toestaat, is nog niet gezegd dat ik het daarmee oneens ben. Integendeel, onder het oude verjaringrecht was die regel alleszins begrijpelijk. Ik licht deze stelling als volgt toe.

27.3 Bij gebreke van een adequaat verjaringsregime, was rechtsverwerking op grond van louter tijdsverloop aanvaardbaar

Een regime met een enkelvoudige dertigjaarstermijn, is wat het verbintenissenrecht betreft materieel bijna gelijk te stellen aan het ontbreken van een verjaringsregime. Onder het oude recht was daarom denk ik de brede toepassing van de rechtsverwerking en de daarmee gepaard gaande annexatie van verjaringsterritoir onvermijdelijk. De rechter kon bij gebreke van een voldoende korte termijn weinig anders doen dan

8 Tjittes, NTBR 1999, p. 194. In dezelfde zin Snijders, NTBR 1998, p. 198: “Ik zou menen dat een beslissing die wel erg zwaar moet leunen op verlies aan anticipatiemogelijkheden in de gestelde zin een nadere motivering vergt, wil zij niet verworden tot een toverspreuk voor rechtsverwerking door enkel tijdsverloop.”

vorderingen op grond van louter tijdsverloop afwijzen vóór ommekomst van de verjaringstermijn.⁹ Het kwade alternatief was dat hij onrecht deed in de individuele rechtsverhouding, ten behoeve van de handhaving van een inadequate termijn.

Met enige verbeelding zou men kunnen zeggen dat de Hoge Raad door zijn brede invulling van de rechtsverwerking een rechterlijke voorloper van de subjectieve verjaringstermijn heeft gecreëerd. De motieven die hem in de geciteerde passages aanleiding geven een vordering op grond van rechtsverwerking af te wijzen, zijn in essentie gelijk aan de motieven voor onze subjectieve termijn – subjectieve verjaring *avant la lettre*.

Misschien is ter illustratie nuttig de volgende gedachtewisseling met Tjittes. Tjittes bespreekt HR 26 september 1997.¹⁰ In 1970 is Teernstra door een vrachtauto aangereden. Op verzoek van de veroorzaker is Teernstra in 1971 onderzocht door de arts Schouwink. Teernstra vindt dat Schouwink in dat kader onzorgvuldig handelt en dient een tuchtklacht in. Het Medisch Tuchtcollege wijst de klacht af, evenals in 1981 het Centraal Medisch Tuchtcollege. Ruim elf jaar na de afloop van de tuchtrechtelijke klacht, stelt Teernstra eind 1992 op dezelfde gronden een vordering tot schadevergoeding tegen de arts in. Rechtbank en Hof oordelen dat sprake is van rechtsverwerking omdat Schouwink erop mocht vertrouwen dat geen vordering meer zou worden ingesteld. De Hoge Raad vindt dat goed.

Tjittes schrijft: “Welke feiten nu precies tot het oordeel hebben geleid dat Schouwink er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat Teernstra hem na al die jaren niet meer in rechte zal betrekken, blijft in het vage.” Aldus komt Tjittes tot het oordeel dat een beroep op rechtsverwerking te snel wordt aanvaard.

Tjittes wil het oordeel dat de arts er op mocht vertrouwen na ruim 11 jaar niet meer te worden aangesproken nader geadstrueerd zien. Mij lijkt dat oordeel vanzelfsprekend. Natuurlijk is de arts na verloop van tijd (meer dan een decennium!) gaan denken dat hij niet meer in rechte zou worden betrokken – ik nodig de lezer uit zich in zijn psychische schoenen te stellen.¹¹ Precies de gedachte dat in de regel een debiteur na een aantal jaren gaat verwachten niet meer te worden aangesproken, is een van de dragende gronden van onze huidige vijfjaarstermijn.¹²

Ik meen dat het nodeloze stilzitten van Teernstra ten nadele van de arts verlies van recht tot gevolg moet hebben. Naar huidig recht zou dat ook zo zijn: de vordering van Teernstra is op grond van de subjectieve termijn verjaard. Onder het oude recht stond de rechter om tot die conclusie te komen niets anders dan de rechtsverwerking

9 Ik ben het dus, althans wat betreft het oude verjaringsrecht, eens met de minderheidsstem van Van Oven, die overigens wel is bijgevalen door Schoordijk (1991), p. 16. Van Oven schreef: “Wij kunnen met de in de wet bepaalde verjarings- en vervaltermijnen niet volstaan, maar moeten daarnaast het vervallen van rechten *tractu temporis* op grond van billijkheid en goeder trouw aanvaarden, willen wij goed en billijk recht kunnen bedelen.” Van Oven, *NJB* 1961, p. 6.

10 *NJ* 1998, 20.

11 Zelfs als we buiten beschouwing laten dat de tuchtklacht van Teernstra in twee instanties was afgewezen; op zichzelf lijkt die omstandigheid mij nog nader bij te dragen aan het oordeel dat de arts mocht verwachten dat de zaak was afgedaan.

12 Zie uitgebreid § 8.3.

ter beschikking. De rechter moest aan de rechtsverwerking, wilde hij “goed en billijk recht kunnen bedelen”, dus wel een zodanig brede toepassing geven, dat daaronder de facto ook te verstaan viel ‘louter tijdsverloop’.

De conclusie luidt dat de rechter, om de veel te lange dertigjaarstermijn te corrigeren, het instituut van de rechtsverwerking wel moest aanwenden.

27.4 Met de komst van het nieuwe verjaringsrecht is rechtsverwerking op grond van louter tijdsverloop niet langer aanvaardbaar

Onder het oude recht werd ten aanzien van de rechtsverwerking een soort gedoogbeleid gevoerd: bij louter tijdsverloop was volgens de leer voor rechtsverwerking geen plaats, maar in de praktijk was dat wegens de te lange wettelijke termijn noodzakelijk anders. Maar nu het nieuwe recht. Moet de dubbele bodem verdwijnen?

Ik schreef al: doordat de termijnen drastisch verkort zijn, zal het probleem van rechtsverwerking op grond van tijdsverloop minder spelen. In zaken tussen de vijf en de dertig jaar oud deed het onderhavige probleem zich vroeger voor en nu niet meer. Maar daarmee is niet gezegd dat in zaken jonger dan vijf jaar de door de Hoge Raad benoemde bijzondere omstandigheden zich niet zouden kunnen voordoen.

Stel: tijdens de bezichtiging van een museum loopt een man in aanwezigheid van zijn vrouw en twee vrienden met zijn hoofd tegen een uitstekende kast. Hij moet als gevolg hiervan een oog missen, zo blijkt direct. De man stelt zich tegenover het museum op het standpunt dat het door de gekozen gevaarlijke inrichting voor zijn schade aansprakelijk is. Hij laat dat weten in een telefoongesprek daags na het ongeval. Het museum laat in datzelfde gesprek weten zich niet aansprakelijk te achten.

Vier jaren gaan voorbij zonder dat het museum nog iets van de man hoort. Dan laat hij plotseling bij monde van zijn advocaat weten dat hij tot dagvaarding zal overgaan als het museum geen aansprakelijkheid erkent. Hij stuurt verklaringen van zijn vrouw en twee vrienden mee, waarin beschreven wordt waar de kast in de ruimte geplaatst was en waarom dat zo een ongelukkige plek was. Het museum kan geen verweer voeren, omdat de inrichting nadien weer vele malen gewijzigd is en er binnen de organisatie niemand meer is die zich nog weet te herinneren hoe de ruimte destijds was ingericht. Van enig telefoongesprek over het voorval weet niemand in het museum zich iets te herinneren.

Van dit soort casusposities zijn er talloze te verzinnen. De moraal zal duidelijk zijn: voor ommekomst van de vijfjaarstermijn doen zich hier de door de Hoge Raad bedoelde ‘bijzondere omstandigheden’ voor. Het museum is er na de stilte die op het telefoontje volgde op gaan vertrouwen niet meer te worden aangesproken, vertrouwen dat met de loop der tijd overging in totale vergetelheid, en de bewijspositie van het museum is door tijdsverloop wezenlijk ondergaven. Dat het museum met de nakoming van de vordering geen rekening meer had gehouden blijkt niet direct, maar ook die omstandigheid had zonder al te veel fantasie in de casus ingebouwd kunnen worden.

Moet in dit soort situaties rechtsverwerking worden aangenomen? Ik zou menen dat bij positieve beantwoording van die vraag inderdaad de vaste verjaringstermijnen

al te zeer worden aangetast. Steeds moet worden gezien of in de voorliggende casus de 'bijzondere omstandigheden' zich voordoen. Rechterlijke uitspraken verliezen aan voorspelbaarheid, advocaten kunnen minder zeker adviseren, partijen kunnen hun positie niet bepalen, noem alle gevolgen van de beperkte kenbaarheid van het recht maar op.

Niettegenstaande die opvatting ben ik tegelijkertijd van mening dat afwijzing van het rechtsverwerkingsberoep in de casus van het museum niet echt bevredigt. Als niets de benadeelde man belette direct na het ongeval tot juridische actie te komen, dan zou het nadeel dat het museum door zijn jarenlange dralen ondervindt, eigenlijk niet voor rekening van het museum, maar voor rekening van de man moeten komen. En toch faalt dus wat mij betreft het beroep op rechtsverwerking.

De reden is dat deze casus behoort tot wat men de 'snijresten' van standaardisatie zou kunnen noemen. Als wij een bepaalde vorm van rechtsverwerking standaardiseren en dus niet langer alle omstandigheden van het geval bij de beoordeling betrekken, dan zijn er gevallen waarvoor die gestandaardiseerde oplossing minder passend is. Dat is onvermijdelijk. Het is geen nieuws dat rechtszekerheid ten koste kan gaan van de rechtvaardigheid in het individuele geval.

Achter die snel geschreven laatste zin gaat een klassiek dilemma schuil. Er zijn heel goed situaties denkbaar waarin de vaste grens wegens wat de Hoge Raad wel de 'individuele gerechtigheid' noemt, toch niet gehandhaafd kan blijven. Het verjaringsrecht kent daarvan diverse voorbeelden: (i) de oude dertigjaarstermijn werd ondergraven doordat hij werd 'ingehaald' door de rechtsverwerking (ii) de nieuwe objectieve dertigjaarstermijn verloor zijn absolute karakter doordat de Hoge Raad asbestslachtoffers die na ommekomst van de verjaringstermijn pas ziek werden hun vordering niet wilde ontfangen.

Dat hier toch de termijn gehandhaafd moet blijven, heeft wat mij betreft te maken met de kwaliteit van die termijn, en met de relatief geringe mate van onrecht die zijn handhaving teweegbrengt. De verdienste van de subjectieve termijn heb ik eerder in dit boek verdedigd; het verjaringsrecht heeft een korte termijn nodig, die aanvangt op het moment waarop van de debiteur juridische actie verlangd kan worden.¹³ De subjectieve termijn is die termijn. Daarmee komt hem een hoge mate van beschermwaardigheid toe.

Wat betreft de mate van onrecht die zijn handhaving teweegbrengt: het oordeel dat van rechtsverwerking geen sprake is, hoewel dus materieel gezien veel voor rechtsverwerking te zeggen valt, hoeft voor de debiteur niet desastreus te zijn. Weliswaar kan de rechter de vordering niet in één haal ontfangen, maar wel heeft hij andere middelen om het nadeel van tijdsverloop voor de debiteur in meer of mindere mate te neutraliseren. Illustratief in dit verband is wat Scholten al in 1968 in zijn noot onder het Pekingeendenarrest schreef. De goede trouw kan ook andere beperkende gevolgen hebben dan verval van recht:

¹³ Zie § 8.3.

“Met name zal die andere werking op het gebied van de bewijslast kunnen liggen. De goede trouw kan ook meebrengen instandhouding van het recht maar met omkering van de bewijslast omtrent de kwaliteit, of – iets zwaarder – instandhouding van het recht met omkering van de bewijslast, maar alleen indien aan de wederpartij de werkelijke mogelijkheid voor tegenbewijs gelaten was; zo niet dan verval van recht. Ziehier een aanknopingsmogelijkheid voor goede trouw en bewijslast. M.i. dient men geregeld deze schaal af te tasten voordat men tot volledig tenietgaan concludeert. De beperkende werking van de goede trouw mag nooit verder gaan dan nodig is.”

Scholten legt hier de nadruk op het bewijs, en ook ik zou menen dat met name daar behoefte bestaat aan een vanaf de rechtsverwerking geleidelijk omlaag lopende trap.¹⁴ In de praktijk ziet men de rechter echter ook de omvang van de vordering wel ‘matigen’ en de rechtspraak van de Hoge Raad lijkt daartoe ook de ruimte te bieden. Zie bijvoorbeeld HR 18 januari 1991:

“(...) ook wanneer geen sprake is van rechtsverwerking in de door het hof bedoelde zin, [is] niet uitgesloten dat bijzondere omstandigheden de slotsom wettigen dat de Staat na verloop van tijd niet meer in redelijkheid heeft kunnen besluiten het conflict te beëindigen door over te gaan tot inning van het volledige bedrag van het hem verschuldigde.”¹⁵

Gegeven deze mogelijkheden de nadelige gevolgen van tijdsverloop voor de debiteur in overweging te kunnen nemen, is handhaving van de subjectieve termijn waar materieel veel voor rechtsverwerking te zeggen valt, dus aanzienlijk minder pijnlijk dan, bijvoorbeeld, handhaving van de objectieve termijn bij asbestslachtoffers.

Concluderend: het leerstuk van rechtsverwerking op grond van tijdsverloop is in het relatieve verjaringsvacuüm van het oude recht tot ontwikkeling gekomen. Het oude verjaringsrecht vorderde wegens zijn te lange termijn dat de facto ook bij louter tijdsverloop het beroep op rechtsverwerking slaagde. Nu wij aannemen dat het nieuwe recht wel een beschermingswaardige termijn kent, is het ons plotseling met het adagium dat louter tijdsverloop niet volstaat, weer ernst. Neemt men onder het nieuwe

14 Vermelding verdient in dit verband de volgende overweging van de Hoge Raad uit zijn arrest van 17 februari 2006, RvdW 2006, 204, r.o. 4.8.: “Ingevolge art. 7:658 lid 2 BW rust op [de werkgever] de bewijslast en daarmee het bewijsrisico ter zake van de juistheid van haar verweer. Met het oog op de omstandigheid dat het hier gaat om een situatie van thans veertig jaar geleden, mogen aan het bewijs geen hoge eisen worden gesteld.” Een dergelijke overweging plooit men eenvoudig in het voordeel van de debiteur die door nodeloos jarenlang stilzitten van de crediteur in zijn bewijspositie is geschaad (dat nodeloze stilzitten was overigens in het arrest niet aan de orde).

15 R.o. 3.2. Een ander voorbeeld biedt Hof Den Haag 16 december 1994, *NJ* 1996, 132: “Het feit dat de gemeente in de periode dat zij terzake een beleidsvrijheid had gedurende zeven jaren niet heeft verhaald, maakt dan ook niet dat de gemeente het recht op verhaal voor de toekomst heeft verwerkt. Wel ziet het hof, evenals de rechtbank, in dit tijdsverloop in beginsel aanleiding om voor de bepaling van de draagkracht van de man uit te gaan van de huidige financiële situatie en daarbij rekening te houden met het feit dat de man gewend is aan een ruimer bestedingspatroon, zoals telefoongesprekken met zijn in het buitenland verblijvende zoon, dan wanneer de gemeente eerder verhaal had gezocht.”

recht bij louter tijdsverloop rechtsverwerking aan, dan heeft dat de afkalving van de nieuwe subjectieve termijn tot gevolg, en dat willen wij wél voorkomen.

En daarmee zijn terug bij de oude vraag: wat is ‘enkel tijdsverloop’ eigenlijk?

27.5 Onder het nieuwe verjaringsrecht lijkt de oude communis opinio niet langer bruikbaar

De vraag wat ‘enkel tijdsverloop’ is, en dus ook wat dan ‘meer dan enkel tijdsverloop’ is, is onder het oude recht veelvuldig onderwerp van rechtspraak en literatuur geweest. Het klinkt bijna provocatief, maar het lijkt mij toch wel juist: de gehele oogst uit die periode lijkt met de komst van het nieuwe verjaringsrecht in één klap achterhaald. Wat was communis opinio? Nogmaals, voor de duidelijkheid in een *NJ*-noot samengevat:

“Rechtsverwerking geeft aanleiding tot verlies van een recht (...), ook als geen verjaring heeft plaats gevonden. Daarvoor dient, naast het stilzitten, nog aan een ander vereiste te zijn voldaan. Een element dat daarbij van belang kan zijn is dat door het langdurig talmen van de schuldeiser verzwaring van de positie van de debiteur te duchten is, indien alsnog tot rechtsuitoefening wordt overgegaan, doordat laatstgenoemde daardoor voor onontwarpbare problemen komt te staan (...). Ook kan het gegeven, dat bij de debiteur door houding van de crediteur het vertrouwen is gewekt dat deze van rechtsuitoefening afziet, van belang zijn (...). Zo zijn er in de heersende opvattingen ten aanzien van rechtsverwerking twee elementen die daarbij een rol spelen: verzwaring van de positie van de schuldenaar of het bij laatstgenoemde opgewekte vertrouwen dat de schuldeiser niet meer tot rechtsuitoefening zal overgaan.”¹⁶

Waarom is dit achterhaald? De beide elementen voor het aannemen van rechtsverwerking in de traditionele opvatting, dus zowel de bezwaarde positie van de debiteur als het bij hem opgewekte vertrouwen, zijn rechtvaardigingsgronden voor de subjectieve vijfjaarstermijn. Dat zo zijnde kunnen die omstandigheden op zichzelf een beroep op rechtsverwerking vóór ommekomst van die relatieve termijn niet meer rechtvaardigen. Gebruiken wij die omstandigheden wél om rechtsverwerking op te funderen, dan raakt de vaste subjectieve termijn uitgehold.

Vergelijkbaar, zij het wellicht wat minder uitgesproken, lijkt mij wat Tjittes schrijft:

“De korte verjaringstermijnen van vijf jaar dienen volgens de parlementaire geschiedenis mede om bewijsmoeilijkheden voor de debiteur te voorkomen. Die omstandigheid is reeds verdisconteerd in de korte verjaringstermijn. Het gaat dan niet aan om dat argument nogmaals, maar dan voor het aannemen van rechtsverwerking binnen die korte verjaringstermijn, in stelling te brengen.”¹⁷

16 Noot van P.A. Stein onder HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 450.

17 Tjittes, NTBR 1999, p. 196.

Tjittes noemt hier slechts de bewijsmoeilijkheden, maar als men met mij aanneemt dat aan de subjectieve termijn tevens de bezwaarde positie van de debiteur in bredere zin, en het bij hem ontstane vertrouwen ten grondslag liggen, geldt daarvoor hetzelfde.

Het is misschien ook nog anders te zeggen: de wetgever heeft met de subjectieve termijn de rechtsverwerkingsfiguur ‘verwijtbaar stilzitten met nadeel voor de debiteur tot gevolg’ willen standaardiseren om de kenbaarheid van het recht te vergroten. Dat effect wordt tenietgedaan als wij vervolgens het individuele geval op het bestaan van precies die gronden gaan onderzoeken. In feite staat in deze paragraaf hetzelfde als in de vorige: in de vorige paragraaf schreef ik dat het leerstuk van de rechtsverwerking bij tijdsverloop zich onder het oude recht in feite tot een subjectieve verjaringsfiguur heeft ontwikkeld; in deze paragraaf staat dat de subjectieve verjaring nu in de wet geregeld is, zodat voor de oude, ‘buitenwettelijke subjectieve verjaring’ geen plaats meer is.

27.6 Subjectieve verjaring is een specialis van de generalis rechtsverwerking

Als de traditionele benadering niet meer voldoet, waar vinden we het onderscheid tussen ‘louter tijdsverloop’ en ‘meer dan louter tijdsverloop’ dan wel? Een nuttig uitgangspunt bij nadere gedachtevorming lijkt mij het begrippenpaar generalis-specialis. Ik zette eerder in dit boek uiteen waarom volgens mij de subjectieve verjaringstermijn een vorm van rechtsverwerking is. Om subjectieve verjaring van rechtsverwerking in algemene zin te onderscheiden, zouden wij moeten proberen te benoemen welke elementen ‘typisch’ zijn aan verjaring krachtens de subjectieve termijn. In casus met die typische elementen moet het rechtsverwerkingsberoep falen. Voor die casus is immers de subjectieve termijn bedoeld. In die casus die deze typische elementen niet vertonen, kan het rechtsverwerkingsberoep slagen.

Wat is typisch aan subjectieve verjaring? Wij kunnen in elke rechtsverwerkingscasus twee perspectieven zien. Ten eerste is er de ‘gedraging’ van de crediteur; de regel over de verhouding tussen rechtsverwerking en verjaring vindt men ook wel samengevat met de woorden ‘louter stilzitten is voor verjaring onvoldoende’. De vraag is dan: wat is ‘louter stilzitten’ precies?

Het tweede perspectief is het gevolg van de ‘gedraging’ van de crediteur voor de debiteur. De traditionele benadering kiest dat perspectief: de ‘bijzondere omstandigheden’ die verjaring van rechtsverwerking zouden onderscheiden, hebben steeds betrekking op de debiteur; het gaat om *zijn* gerechtvaardigde vertrouwen en over de bezwaring van *zijn* positie door bewijs- en vermogensplanningsproblemen.

In de volgende paragrafen komen de twee genoemde perspectieven achtereenvolgens aan de orde.

27.7 Het bijzondere van verjaring ligt niet in de gevolgen voor de debiteur

Ligt in de gevolgen voor de debiteur van het handelen van de crediteur het onderscheid tussen de specialis verjaring en de generalis rechtsverwerking? Hebben de ‘bijzondere omstandigheden’ gerechtvaardigd vertrouwen en bewijs- en vermogensplanningsproblemen onderscheidend vermogen?

Naar mijn mening is dat niet zo. Inderdaad is het zo dat subjectieve verjaring wordt gerechtvaardigd doordat de debiteur erop is gaan vertrouwen dat geen nakoming meer wordt gevorderd en dat hij in bewijs- en vermogensplanningsproblemen komt als hij alsnog moet nakomen. Maar: die rechtvaardiging kan evenzeer gelden voor rechtsverwerking in algemene zin, voor rechtsverwerking niet zijnde verjaring dus. Het perspectief van de debiteur kan daardoor de grens niet trekken. Twee voorbeelden ter toelichting.

Het eerste is het klassieke Pekingeedenarrest. Het ging daar om talrijke met korte tussenpozen uitgevoerde leveranties van eenden, welke bestemd waren om door Calot te worden verwerkt. Doordat de eenden verwerkt werden, was voor vaststelling van de hoedanigheid van de eenden slechts een beperkte tijd beschikbaar. Omdat hij over de kwaliteit van de geleverde eenden niet tevreden was, paste Calot op de leveranties kortingen toe. Tegen die kortingen protesteerde de leverancier pas maanden na dato. De Hoge Raad oordeelde dat hier de leverancier zijn recht verwerkt heeft, omdat wegens de teloorgang van bewijsmiddelen de afnemer over de ondeugdelijkheid van de pekingeenden niet meer kon debatteren.

Een ander voorbeeld.¹⁸ Een werknemer vordert niet betaald overwerk over de periode 1992 tot en met 1995. Hij heeft, zo is de veronderstelling in cassatie, tegen het niet uitbetalen van het overwerk niet geprotesteerd, maar is in de litigieuze periode wel veel overwerk blijven verrichten. De Rechtbank vindt dat blijven verrichten van overwerk reden om rechtsverwerking aan te nemen en de Hoge Raad laat dat oordeel in stand:

Anders dan [het middel] betoogt heeft de Rechtbank (...) niet miskend dat “enkel stilzitten” onvoldoende is om rechtsverwerking aan te nemen. Immers, de Rechtbank heeft (...) voor dat oordeel naast het niet protesteren mede redengevend geacht dat Bleij “steeds genoeg heeft genomen met uitbetaling van loon zonder overuren en niettemin zeer veel overuren is blijven maken.”

Zo heeft, in de woorden van A-G Bakels, de werknemer “bij de wederpartij het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat hij zijn desbetreffende rechten – zo al aanwezig – niet wenste uit te oefenen”.

Mijn punt is dit. Wij kunnen over het Pekingeedenarrest niet zeggen: dit is rechtsverwerking en geen verjaring, omdat de bewijspositie van de debiteur ondergraven is. Dat de bewijspositie van de debiteur ondergraven raakt, gebeurt namelijk bij louter tijdsverloop ook. En wij kunnen over de loonaanspraak van de werknemer niet

18 HR 8 december 1989, NJ 1990, 474

zeggen: dit is rechtsverwerking en geen subjectieve verjaring, omdat de werkgever er op is gaan vertrouwen dat de werknemer niet meer zou vorderen. Dat vertrouwen ontstaat namelijk bij louter tijdsverloop ook.

De enkele ondergraving van de bewijspositie of het enkele vertrouwen bij de debiteur dat hij niet meer zal hoeven nakomen, zijn dus *op zichzelf* onvoldoende redenen om rechtsverwerking aan te nemen. Die feiten liggen immers ook al ten grondslag aan verjaring krachtens de subjectieve termijn.

Maar dát hier voor ommekomst van de verjaringstermijn tot rechtsverwerking werd geconcludeerd, lijkt mij terecht.¹⁹ De focus op de positie van de debiteur levert daarvoor echter wat mij betreft geen bevredigende motivering.

27.8 Het bijzondere van verjaring ligt in de aard van het stilzitten van de crediteur

27.8.1 Inleiding

Veeleer zou ik die motivering willen zoeken in het tweede perspectief, te weten de ‘gedraging’ van de crediteur. Analyse van de rechtspraak waarin rechtsverwerking na substantieel tijdsverloop is aangenomen, geeft aanleiding drie groepen te onderscheiden. Ik zal die drie groepen in de onderstaande paragrafen beschrijven. Ze zijn in het kort als volgt te kenschetsen.

Ten eerste zijn er de gevallen waarin de crediteur niet heeft geageerd, kort nadat hij hiertoe in staat raakte. Ten tweede zijn er gevallen waarin de crediteur gedurende een zeer lange periode (meerdere jaren) stilzat, zonder dat gezegd kan worden dat hij min of meer direct had moeten ageren en zonder dat in de loop der tijd tussen partijen contact heeft bestaan. Ten derde zijn er de gevallen waarin ook niet gezegd kan worden dat de crediteur in een vroeg stadium had moeten ageren, maar waarin na substantieel tijdsverloop tussen partijen iets heeft plaatsgegrepen dat de omstandigheden die rechtsverwerking dragen, ‘versneld’ heeft doen intreden.

27.8.2 Het eerste type; de crediteur miste zijn ‘momentum’ door niet op korte termijn te ageren

Ten eerste is er dus het type waarin de discussie zich toespitst op het stilzitten van de crediteur kort nadat hij van de vordering kennis krijgt of had moeten krijgen. De rechter oordeelt in die gevallen dat de crediteur door téén stil te zitten, zijn recht heeft verwerkt. Er verstrijkt daarna nog wel tijd, maar in feite is daarvoor het kwaad voor de crediteur al geschied; hij heeft een vroeg, geëigend moment om te ageren onbenut gelaten en heeft dus téén zijn recht verwerkt. We zouden kunnen spreken van een ‘gemist momentum’. Vier voorbeelden.

19 Ook als de subjectieve vijfjaarstermijn zou hebben gegolden.

HR 24 september 1999 (Bleij/Stegman). Bleij vordert bij dagvaarding van 31 januari 1996 niet betaald overwerk over de periode 1992 tot en met 1995. Hij heeft tegen het niet uitbetalen van het overwerk aanvankelijk niet geprotesteerd, maar is in de litigieuze periode wel veel overwerk blijven verrichten. De Rechtbank oordeelt dat sprake is van rechtsverwerking omdat Bleij “steeds genoeg heeft genomen met uitbetaling van loon zonder overuren en niettemin zeer veel overuren is blijven maken.” Als, zo begrijp ik het vonnis, de werkgever die overuren wel zou moeten betalen, zou hij kunnen besluiten die overuren niet te laten verrichten. Bleij heeft Stegman die keuzevrijheid ontnomen door niet te protesteren binnen bekwame tijd nadat hem duidelijk werd dat hij zijn overuren niet betaald kreeg. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep.²⁰

HR 5 april 1968 (pekingeenden): De leveranties vonden plaats in de periode 24 april – 27 september 1960. De leverancier protesteerde 5 maanden na de laatste aflevering tegen de kortingen. Omdat, aldus het Hof, “slechts korte tijd mogelijk was een onderzoek naar de kwaliteit van het geleverde in te stellen of te doen instellen” diende de leverancier “zo spoedig mogelijk” nadat hij van de korting op de hoogte was gesteld, daartegen zijn bezwaren kenbaar te maken. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep.

HR 29 december 1995 (Slee/Rabobank). Slee heeft bij dagvaarding van oktober 1988 een aantal vorderingen ingesteld tegen de Rabobank terzake van het vermeend onrechtmatig opzeggen van aan hem verleende kredieten in februari 1984 – ruim vier jaar eerder dus. Het Hof honoreert het beroep van de Rabobank op rechtsverwerking, omdat Slee zich, kort gezegd, aanvankelijk niet tegen de opzegging verzet heeft. De Hoge Raad overweegt te dien aanzien: “Kennelijk heeft het Hof geoordeeld dat Slee door zijn jegens de Bank ingenomen houding bij de Bank het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat hij de rechtsgeldigheid van de opzegging niet zou aanvechten.” Volgt verwerping van het cassatieberoep.

HR 8 december 1989 (Oosterboek/Nekami). Het dienstverband van Oosterboek is per 1 januari 1985 beëindigd. Oosterboek verzoekt bij verzoekschrift van december 1985 achterstallig salaris over de afgelopen vijf jaar; hij zou te weinig betaald hebben gekregen. De discussie over de hoogte van zijn salaris is niet nieuw. In 1975 al had Oosterboek bezwaren geuit. Mede naar aanleiding daarvan was in 1976 een fundamentele wijziging in de berekening van zijn salaris doorgevoerd. De Rechtbank oordeelt dat Oosterboek zijn recht heeft verwerkt daar hij

“telkens ‘op cruciale momenten’ [heeft] stil gezeten – ook nog tijdens een in januari 1983 op zijn voorstel overeengekomen afvloeiingsregeling uitgaande van doorbetaling van zijn

20 Sterk vergelijkbaar met dit arrest is HR 25 mei 1990, *NJ* 1990, 579 (Van Baar/Dommelsche Bierbrouwerij), waarin het beroep op dwaling verwerkt werd geacht omdat de huurder de vermeende dwalingsgrond – te hoge huur – al in 1980 kende en hij vervolgens nog twee jaar doorging met betaling van de overeengekomen huur. De verhuurder kwam gedurende die twee jaar gewoon na, hetgeen zij “niet zou hebben gedaan indien zij had geweten dat de totstandkoming van die overeenkomst (en dus ook het bestaan van uit die overeenkomst voor de wederpartij voortvloeiende verplichtingen) door die wederpartij op grond van dwaling werd betwist.” (r.o. 3).

salaris op het uitbetaalde niveau – en (...) daardoor bij Nekami de indruk [heeft] gewekt dat de uitbetaalde bedragen ook volgens hem juist waren.”

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep.

Tot zover de eerste categorie van gevallen. Het lijkt eigenlijk buiten twijfel te staan dat in deze categorie het tijdsverloop geen dragend motief is geweest voor het aannemen van rechtsverwerking. Er was een min of meer aangewezen, scherp moment om te ageren, toen zat de crediteur stil, dus is het in strijd met de redelijkheid en billijkheid als hij zich daarna alsnog op zijn recht te beroept.

Wij zouden de eerste categorie zaken dus eigenlijk gewone rechtsverwerkingszaken kunnen noemen, vermomd als grensgevallen tussen verjaring en rechtsverwerking; doordat zij nu eenmaal de ingrediënten stilzitten + tijdsverloop bevatten lijken zij op het eerste gezicht over ons dilemma te gaan, maar bij nadere beschouwing blijkt dat niet waar. De zaak is in feite na gering tijdsverloop beslist.

Daarmee zijn zij niet onproblematisch: natuurlijk kan men over de vraag wanneer dan het stilzitten op enig bepaald moment tot rechtsverwerking leidt, van mening verschillen. Een goed voorbeeld biedt *HR 8 december 1989 (Oosterboek/Nekami)*; de rechtbank oordeelde dat Oosterboek telkens op “cruciale momenten” had stilgezet, en hij daarom zijn recht had verwerkt. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand, maar door de A-G en later in de literatuur is naar ik meen overtuigend beargumenteerd dat dit anders had moeten: niet vast stond dat Oosterboek wist dat hij te weinig betaald kreeg en een onderzoeksplicht van de werknemer naar de juistheid van zijn salaris kan niet worden aangenomen.²¹

Maar wat daarvan ook zij, als men eenmaal aanneemt dat de werknemer had moeten ageren, dan is de discussie beslecht en doet het nadere tijdsverloop niet meer terzake. Mogelijk problematisch dus, maar niet voor zover het het onderscheid rechtsverwerking/verjaring betreft.

Ter beantwoording van de vraag of op een vroeg moment de *obliegenheit* bestaat te ageren, kan inspiratie worden gezocht in tekst en ratio van de art. 6:89 en 7:23 BW.²² Mijn indruk is dat Huydecooper dat ook bedoelt waar hij in zijn Conclusie voor HR 21 juni 2002 schrijft:

“In veel gevallen eisen de behoeften van het rechtsverkeer, dat aanspraken op “bekwame” termijn geldend worden gemaakt, of tenminste worden aangemeld; en geldt in het verlengde daarvan dat het geldend maken van zo’n aanspraak ongeoorloofd kan zijn als de betreffende termijn wordt veronachtzaamd. De regels van art. 6:89 BW en van art. 7:23 BW berusten

21 Zie Konijn *SR* 2001, p. 201, l.k. Zij schrijft wat mij betreft terecht, na haar bezwaar tegen *Oosterboek/Nekami* te hebben geformuleerd: “Slechts in het geval waarin de werknemer weet dat de loonberekening niet klopt, stelselmatig nalaat om daartegen te protesteren en de werkgever verder uit zijn gedragingen mag afleiden dat hij instemt met de loonberekening vervalt een vordering nog binnen de verjaringstermijn.”

22 Zie over deze bepalingen en de gedachten waarop zij stoelen *HR 29 juni 2007, RvdW* 2007, 634 en *HR 29 juni 2007, RvdW* 2007, 636. Zie voorts Tjittes, *Themis* 2007, p. 15-25 met nadere vindplaatsen.

kennelijk op deze verkeersbehoefte (...). In een enigszins andere benadering kan het, in bepaalde rechtsverhoudingen, zo zijn dat de zorgvuldigheid die partijen jegens elkaar in acht moeten nemen, meebrengt dat men aanspraken voortvarend geldend moet maken of moet aanmelden. Waar een dergelijke zorgvuldigheidsverplichting moet worden aangenomen, kan het niet naleven daarvan een grond voor, o.a., rechtsverwerking opleveren.”

Tot slot van deze paragraaf verdient wellicht opmerking dat de gevleugelde woorden “louter stilzitten is voor rechtsverwerking onvoldoende” niet zo gelukkig zijn: afhankelijk van de omstandigheden kan louter stilzitten heel goed genoeg zijn voor rechtsverwerking. De suggestie dat er een soort normaaltoestand bestaat waarin stilzitten geen rechtsverwerking oplevert, en het nogal bijzonder moet lopen wil dat anders zijn, lijkt mij onjuist.²³ Te prefereren is “louter *tijdsverloop* is voor rechtsverwerking onvoldoende”;²⁴ die uitdrukking zegt natuurlijk lang nog niet alles, maar zet het denken wel op het goede spoor.

27.8.3 *Het tweede type; tijdsverloop op zichzelf staat centraal*

Tot zover de voorbeelden waarin de crediteur stilzat, terwijl het gegeven de omstandigheden voor de hand had gelegen dat hij op enig min of meer specifiek moment wel had geageerd. Nu dan de zaken waarin het tijdsverloop op zichzelf centraal lijkt te staan.

HR 29 november 1996 (Derksen/Hoffmans).²⁵ Derksen is in 1961 door Hoffmans aangereden. In 1985, 24 jaar later dus, heeft Derksen Hoffmans voor het eerst na het ongeval gesproken. In februari 1990 heeft Derksen Hoffmans aansprakelijk gesteld. Zowel in feitelijke instanties als door de Hoge Raad is geoordeeld dat sprake is van rechtsverwerking.

*HR 30 mei 1997 (Beelen/Joldersma)*²⁶ is in essentie hetzelfde;²⁷ hier verstrijkt 14 jaar tussen het ongeval en de aansprakelijkstelling. Opnieuw kan het aanvankelijke stilzitten niet als rechtsverwerking worden aangemerkt en leunt dus opnieuw het rechtsverwerkingsoordeel in feite op het tijdsverloop.

23 Als het stilzitten gebeurt op een moment dat voor partijen ‘sprekend’ is, kan dat rechtsverwerking opleveren. Meer valt er op voorhand niet over te zeggen. Bedacht zij dat elders in het recht die ‘nee, tenzij-benadering’ ten aanzien van stilzitten ook niet wordt gebezigd. Zo is onbetwist dat men rechtshandelingen kan verrichten, zelfs overeenkomsten kan aangaan, door louter stil te zitten.

24 Thans lijken beide zegswijzen uitwisselbaar te worden geacht. Zie bijvoorbeeld de Conclusie voor HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 89, sub 7: “Onbetwist in rechtspraak en literatuur is voorts dat enkel tijdsverloop c.q. louter stilzitten niet voldoende is voor rechtsverwerking”.

25 *NJ* 1997, 153.

26 *NJ* 1997, 544.

27 Vergelijkbare hofarresten zijn *Hof Amsterdam 15 april 1999 (Ravesteijn/De Amersfoortse)*, waarin de verzekerde ruim negen jaar nadat zijn aanspraak is afgewezen alsnog aanspraak doet op uitkering krachtens verzekering en *Hof Arnhem 25 juni 2002 (niet gepubliceerd)*, waarin een weduwe 24 jaar wacht met het instellen van een vordering wegens een vermeende medische fout bij de behandeling van haar man. Zie voorts *Rechtbank Amsterdam 8 juni 1994, NJ* 1995, 458 (bijstandsverhaal), waarin de Gemeente acht jaar wachtte met haar onderzoek tot bijstandsverhaal. Steeds werd rechtsverwerking aangenomen.

HR 26 september 1997²⁸ betreft het eerder besproken geval waarin een patiënt na de afloop van een medische tuchtprocedure ruim elf en een half jaar heeft gewacht met het instellen van een civiele vordering. In alle instanties wordt geoordeeld dat hier sprake is van rechtsverwerking omdat bij de arts het gerechtvaardigd vertrouwen is ontstaan dat hij niet meer zou worden aangesproken.

Dit type zaken heeft twee belangrijke eigenschappen gemeen. Ten eerste: niet gezegd kan worden dat de crediteur zijn recht verwerkte door niet op min of meer korte termijn nadat hij dat had gekund, te ageren. Het aanvankelijke stilzitten van de crediteur in de periode kort na het litigieuze evenement lijkt mij geen grond voor rechtsverwerking te hebben opgeleverd. Het niet spoedig instellen van, bijvoorbeeld, een vordering tot schadevergoeding is, in termen van het opwekken van vertrouwen of het veroorzaken van nadeel bij de debiteur, van een geheel andere orde dan, bijvoorbeeld, het verrichten van overwerk in de wetenschap dat de werkgever dat wellicht niet zou laten verrichten als hij wist dat hij daarvoor zou moeten betalen. Hetzelfde is ook langs een heel andere weg te zeggen: als wij het niet instellen van een vordering binnen tamelijk korte tijd na het ongeval als rechtsverwerking zouden beschouwen, is in feite het gehele verjaringsrecht buiten spel gezet. Verjaring gaat immers uit van het stilzitten gedurende de verjaringstermijn.

De tweede belangrijke gemeenschappelijke eigenschap is dat tussen ‘moment nul’, en het uiteindelijke moment van vorderen, tussen partijen geen contact heeft bestaan. Er is dus geen *course of dealing* geweest in de context waarvan het stilzitten een specifieke betekenis kreeg. Het enige wat er gebeurde, was dat zich een reeks feiten voordeed die zich bij substantieel tijdverloop bijna steeds voordoen.²⁹ Die feiten hebben, gegeven de constatering dat het aanvankelijke stilzitten niet als rechtsverwerking kan worden aangemerkt, het rechtsverwerkingsoordeel gedragen.

Vanwege de combinatie van deze twee eigenschappen – het aanvankelijke stilzitten is geen rechtsverwerking en nader contact is er niet geweest – zouden onder het *huidige* verjaringsrecht alle genoemde arresten onjuist zijn (anders dan onder het oude verjaringsrecht, waar de te lange dertigjaarstermijn het aanwenden van rechtsverwerking bij louter tijdsverloop noodzakelijk maakte). Er is een evenement, en de vraag is of de crediteur zijn recht verwerkt door niet binnen min of meer korte tijd te ageren. Het antwoord luidt ontkennend. Om dan vervolgens toch nog tot het oordeel te komen dat wél sprake is van rechtsverwerking, moet zich daarna een ‘meer betekenende’

28 NJ 1998, 20.

29 Zie bijvoorbeeld het voornoemde Derksen/Hoffmans: “– het feit dat in 1984 – 23 jaren na het ongeval –, en a fortiori ook thans, niet meer kon/kan worden achterhaald wie de WA-verzekeraar van Hoffmans was, terwijl begrijpelijk en niet onredelijk is dat Hoffmans na zo lange tijd niet meer wist bij wie hij verzekerd was en ook geen polissen of andere bewijsstukken dienaangaande onder zich had (zie r.o. 3.k van dit arrest);
– het feit dat ook bewijsmateriaal hoegenaamd niet meer te achterhalen is (zie r.o. 7 van het tussen-arrest in verband met de vage uitsluiting van Derksen ter comparitie, waarna geen verdere gegevens boven tafel zijn gekomen; zie r.o. 3.e van dit arrest);
– het feit dat, naar valt aan te nemen, Hoffmans, indien tijdig aanspraak was gemaakt op schadevergoeding, eventuele bedragen welke hij aan Derksen zou hebben moeten betalen op zijn verzekeraar zou hebben kunnen verhalen en zulks thans niet meer mogelijk is.”

ontwikkeling hebben voorgedaan dan louter tijdsverloop – een ontwikkeling dus, die het vertrouwen dat de crediteur niet meer zal vorderen sneller doet toenemen of die de positie van de debiteur sneller ondergraaft dan het tijdsverloop op zichzelf. Een dergelijke ontwikkeling laat zich lastig verzinnen als tussen partijen geen contact meer bestaat.

Maar het is als gezegd: deze rechtspraak is van een voorbijge tijd. De druk die de rechter vroeger voelde om rechtsverwerking op grond van louter tijdsverloop te aanvaarden, is met de komst van de subjectieve vijfjaarstermijn drastisch verlaagd. In dit verband spreekt dat in niet één van de genoemde zaken speelde onder het nieuwe verjaringsrecht. Ik heb gezocht naar zaken waarin de rechter onder het nieuwe verjaringsrecht louter tijdsverloop voor rechtsverwerking onvoldoende achtte, maar heb die niet gevonden.

Wél minder dan vijf jaar verstreek in het tamelijk recente HR 11 juli 2003;³⁰ Brown wachtte vier jaar met het innen van dwangsommen bij Sloot. Sloot voert aan dat Brown hem had moeten waarschuwen dat zij zich op het standpunt bleef stellen dat dwangsommen verbeurd waren, en dat zij haar recht had verwerkt door dat niet te doen. Wat mij betreft heel adequaat overweegt de Hoge Raad:

“(…) dat niet kan worden gezegd dat Brown jegens Sloot afstand van recht op incasso van de dwangsommen heeft gedaan. Bijkomende omstandigheden die grondslag zouden kunnen bieden voor het oordeel dat Sloot desondanks erop mocht vertrouwen dat Brown van haar aanspraken zou afzien, heeft het Hof niet vermeld. Tijdsverloop alleen kan niet als grondslag voor het aannemen van rechtsverwerking dienen.”³¹

Als dit de koers is die de Hoge Raad onder het nieuwe verjaringsrecht vaart in geval van, werkelijk, ‘louter tijdsverloop’, hoeven wij voor afbrokkeling van de vijfjaarstermijn niet bevreesd te zijn – met dien verstande natuurlijk dat wij niet weten wat de Hoge Raad had beslist als het Hof zijn oordeel had gebaseerd op ‘vertrouwen’ of ‘benadeling van positie’; het Hof heeft eenvoudig geen omstandigheden vermeld.

27.8.4 *Het derde type; geen momentum en tijdsverloop met een nadere ontwikkeling*

Twee categorieën onder het kopje ‘tijdsverloop en rechtsverwerking’ tot dusverre. De eerste categorie gaat welbeschouwd niet over tijdsverloop en in de tweede categorie werd ten onrechte – naar althans de onder het nieuwe verjaringsrecht te hanteren maatstaf – rechtsverwerking aangenomen omdat eigenlijk sprake is van ‘louter tijdsverloop’. Er moet nog een derde type zaak worden onderscheiden.

Dat is het type zaken waarin (i) geen verplichting bestaat te ageren kort nadat de crediteur dat had gekund, (ii) substantieel tijd is verstreken, en (iii) zich binnen

³⁰ NJ 2003, 551.

³¹ R.o. 3.4.2. Ik laat hier buiten beschouwing een andere kwestie die in het arrest speelde, namelijk de vraag of er op de Nederlandse Antillen een rechtsbeginsel bestaat inhoudende dat het jegens de debiteur onredelijk is lang te wachten met het incasseren van dwangsommen. Het antwoord van de Hoge Raad is overigens ontkennend.

die tijd andere ontwikkelingen hebben voorgedaan dan louter tijdsverloop. De vraag is dan of die ontwikkelingen, in combinatie met het verstrijken van de tijd, het rechtsverwerkingsoordeel kunnen dragen. Twee voorbeelden.

In HR 28 november 2003³² overwoog het Hof terecht, zo oordeelt de Hoge Raad:

“dat Marsman, door in een periode van negen jaar tot zes maal toe niet tot dagvaarding over te gaan terwijl zulks op grond van haar in diezelfde periode tot M. gerichte brieven wel verwacht mocht worden, het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat zij haar aanspraak op schadevergoeding niet meer geldend zou maken.”

Niet het tijdsverloop op zichzelf, maar de combinatie van tijdsverloop en de herhaald niet gestand gedane aankondiging van de crediteur dat zij tot dagvaarding zou overgaan, draagt hier het rechtsverwerkingsoordeel.

Nu is het niet uitvoeren van een herhaald aangekondigd voornemen niet bepaald de paradigmatische rechtvaardiging van rechtsverwerking. Die aankondigingen doen immers ook sterk denken aan de stuitingshandelingen, en stuitingshandelingen bewerkstelligen nu juist behoud van recht. Natuurlijk is wel te betogen dat loze aankondigingen op enig moment in hun tegendeel gaan verkeren, maar daarmee is nog niet gezegd dat zij de meest voor de hand liggende rechtvaardiging van rechtsverwerking vormen.³³ Om dát oordeel was het mij hier ook niet te doen;³⁴ het ging mij erom een geval te noemen waarin de rechter de rechtvaardiging van rechtsverwerking vindt in tijdsverloop plus enigerlei vorm van contact tussen partijen.

Inhoudelijk sprekender is HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 89 (Van den Bos/Provincial). Van den Bos overkwam in december 1972 een ongeval; hij dagvaardde verzekeraar Provincial in april 1976 tot schadevergoeding; in juni 1986 werd verval van instantie uitgesproken; reeds kort daarvoor had Provincial aan Van den Bos medegedeeld dat zij zich op rechtsverwerking zou beroepen als hij de procedure zou “hervatten”. In augustus 1989, drie jaar later, dagvaardde Van den Bosch Provincial opnieuw terzake van hetzelfde geschil. Het Hof oordeelt dat sprake is van rechtsver-

32 *NJ* 2004, 328.

33 Dat in een enigszins vergelijkbaar geval ook anders beslist kan worden, toont HR 18 januari 1991, *NJ* 1991, 272. In de periode 1970-1984 laat de gemeente Terneuzen ruim fl. 200 000 onbetaald van door de Staat terzake van de exploitatie van een gebouwencomplex in rekening gebracht bedragen. De Staat wijst het door de Gemeente ingenomen standpunt “in een uitvoerige correspondentie doorlopend” van de hand, maar maakt pas na meer dan tien jaar werk van de zaak. Het Hof vindt dat mede gezien het doorlopend van de hand wijzen geen sprake is van rechtsverwerking, maar meent wel dat de Staat door zoveel tijd te laten verlopen geen aanspraak meer kan maken op het volle bedrag. De Hoge Raad gaat zelfs die ‘matiging’ te ver, overwegende dat het Hof “uitsluitend een beroep doet op het tijdsverloop tussen het ontstaan van het conflict en het tijdstip waarop de Staat is overgegaan tot het nemen van ‘daadwerkelijke inningsmaatregelen’”. Niet alleen geen rechtsverwerking dus, maar zelfs geen ex aequo et bono vermindering van het verschuldigde bedrag.

34 Wat mij betreft illustreert deze zaak met name het tekort schieten van onze huidige stuitingsregeling; een ‘stuitingshandeling’ waarna niet de daad bij het woord wordt gevoegd, behoort wat mij betreft geen stuitende werking te hebben – zie nader hierover § 8.4.

werking. De Hoge Raad laat dat oordeel in stand, en somt in zijn overweging de omstandigheden op die het Hof terecht tot zijn oordeel hebben gebracht:

“(i) de langdurige periode (bijna tien jaren) die was voorafgegaan aan de op 27 juli 1986 door Provincial schriftelijk tot Van den Bos gerichte mededeling dat deze een beroep op rechtsverwerking kon verwachten zo hij na het verval van de instantie een nieuwe instantie zou entameren, gedurende welke periode Van den Bos Provincial in het ongewisse had gelaten omtrent zijn standpunt naar aanleiding van Provincials conclusie van antwoord, (ii) het doen door Provincial van deze mededeling, (iii) het feit dat op grond van die mededeling naar 's Hofs oordeel van Van den Bos, zo deze zijn aanspraken uit de verzekeringsovereenkomst zou willen vervolgen, voortvarendheid mocht worden verlangd, en (iv) de omstandigheid dat Van den Bos nochtans een onredelijk lange tijd (bijna drie jaren) na die mededeling heeft stilgezeten alvorens blij te geven zijn aanspraken te willen vervolgen.”

Wij zien dat de Hoge Raad hier belangrijke betekenis toekent aan de mededeling van Provincial dat zij zich op rechtsverwerking zou beroepen. Aldus is het een zuiver voorbeeld van rechtsverwerking op grond van tijdsverloop in combinatie met een andere ontwikkeling.

Wat hebben deze twee zaken gemeen? Er is substantieel tijdsverloop. Dat tijdsverloop heeft reeds op zichzelf effect op de debiteur; hij gaat er steeds meer op vertrouwen niet te hoeven nakomen en zijn positie raakt steeds meer ondergraven. Die vertrouwensgroei en positieondergraving ondergaan vervolgens door zeker contact tussen partijen een ‘versnelling’. In de eerste zaak doordat Marsman in weerwil van haar eigen herhaalde aankondigingen stil blijft zitten, in de tweede zaak doordat Van den Bos opnieuw stilzit nadat Provincial een beroep op rechtsverwerking aankondigt. Het is dus niet zo dat de crediteur binnen korte termijn had moeten ageren (eerste categorie casus), het is ook niet zo dat het enkele tijdsverloop het rechtsverwerkingsoordeel draagt (tweede categorie casus), maar de crux in deze derde categorie zaken is de samenwerking tussen tijdsverloop enerzijds en, anderzijds, het contact tussen partijen.

De vraag is wat wij moeten beschouwen als een ontwikkeling die een zodanige ‘versnelling’ veroorzaakt dat sprake is van rechtsverwerking. Wat mij betreft is rechtsverwerking in het onderhavige soort casus alleen aan de orde – dat er uitzonderingen zijn sluit ik niet uit –, als tussen partijen na substantieel tijdsverloop inderdaad contact over de zaak heeft bestaan. De bedoelde ontwikkeling moet in dat contact worden gezocht. In de twee besproken arresten gebeurt dat ook: er zijn daar door de debiteur aan de crediteur brieven geschreven en vice versa. Het kan ook een minder directe vorm van contact zijn, zoals bijvoorbeeld verval van instantie – er is dan procesrechtelijk contact. Maar bij afwezigheid van alle contact, zie ik voor rechtsverwerking weinig plaats.

De reden is dat stilzitten tijdens of kort na een ‘gesprek’ over een vordering, nadrukkelijker stilzitten is (althans: kan zijn) dan stilzitten zonder dat de vordering onderwerp van gesprek is geweest. Met name het vertrouwen dat geen nakoming zal worden gevorderd, kan door tijdsverloop in combinatie met contact over de vordering aanzienlijk sterker toenemen dan door tijdsverloop alleen. Andere ontwikkelingen

die een vergelijkbare ‘versnelling’ veroorzaken, maar die niet het typische gevolg van tijdsverloop zijn, zijn moeilijk te bedenken.

Er is voor de regel dat het moet gaan om een zekere vorm van contact tussen partijen ook een pragmatischer argument: de opdracht is het vinden van de grens tussen verjaring en rechtsverwerking. Door een rechtsverwerkingsberoep in beginsel niet te honoreren als tussen partijen in de loop der tijd geen contact heeft bestaan, wordt een duidelijke grens getrokken.

Wel blijft dan nog onduidelijkheid bestaan over welke inhoud het contact tussen partijen moet hebben, wil sprake zijn van rechtsverwerking; vanzelfsprekend leiden na substantieel tijdsverloop niet alle vormen van contact over de vordering tot rechtsverwerking, al was het alleen maar omdat stuiten, dat het tegendeel bewerkstelligt, ook een vorm van contact is. Het lijkt mij erg moeilijk hierover een minder algemene regel te geven dan dat het moet gaan om contact dat het daarop volgende stilzitten van de crediteur een zodanige betekenis geeft, dat de feiten die aanleiding geven tot rechtsverwerking te concluderen, versneld intreden.

Wel nader op te merken is, dat, zoals bekend, rechtsverwerking zijn grondslag vindt in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, en dat dus een terughoudende toetsing moet plaatsvinden. De vraag is niet of het wel redelijk is dat de crediteur alsnog vordert, de vraag is of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als hij dat alsnog doet. Huydecooper pleit er in zijn conclusie voor HR 21 juni 2002 naar ik meen terecht voor dat “gerechtvaardigd vertrouwen dat rechten niet (meer) geldend zullen worden gemaakt slechts in duidelijke – ondubbelzinnige – gevallen wordt aangenomen”.³⁵ Huydecooper wijst in dit verband op “de (vuist)regel dat voor stilzwijgende afstand van recht een ondubbelzinnige houding van degene die afstand zou hebben gedaan, wordt geëist”. Dat lijkt mij een zinvolle associatie.

Concluderend: het ging in deze paragraaf over zaken waarin (i) geen verplichting bestaat te ageren kort nadat de crediteur dat had gekund, (ii) substantieel tijd is verstreken, en (iii) zich binnen die tijd andere ontwikkelingen hebben voorgedaan dan louter tijdsverloop. De vraag was welke ontwikkelingen, in combinatie met het verstrijken van de tijd, het rechtsverwerkingsoordeel kunnen dragen. De conclusie luidt dat het moet gaan om contact tussen partijen dat het daarop volgende stilzitten van de crediteur een zodanige betekenis geeft, dat de feiten die aanleiding geven tot rechtsverwerking te concluderen, versneld intreden. Omdat rechtsverwerking wortelt in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, is bij beoordeling van het rechtsverwerkingsberoep terughoudendheid geboden.

35 Ik heb deze opmerking van Huydecooper enigszins uit zijn verband geknipt. Het gehele citaat luidt: “[Men zou] kunnen besluiten tot een schema, waarin een beroep op rechtsverwerking in het algemeen terughoudend wordt beoordeeld, en waarbij gerechtvaardigd vertrouwen dat rechten niet (meer) geldend zullen worden gemaakt slechts in duidelijke – ondubbelzinnige – gevallen wordt aangenomen, alles: *tenzij* er sprake is van een verkeersbehoefte of een zorgvuldigheidsnorm – of een andere bijzondere omstandigheid – die de “gerechtvaardigheid” van het aannemen van gerechtvaardigd vertrouwen (of van rechtsverwerking onder andere titel) inderdaad kan (c.q.: kunnen) opleveren.”

27.8.5 Conclusie

In deze paragraaf heb ik geprobeerd aan te tonen dat het bijzondere van verjaring ten opzichte van rechtsverwerking niet is gelegen in het gevolg van het stilzitten van de crediteur voor de debiteur, maar in de aard van dat stilzitten. Zouden wij de hierboven besproken zaken beoordelen naar het gevolg van het stilzitten van de crediteur voor de debiteur, dan treedt geen verschil aan de dag: steeds is de debiteur er op gaan vertrouwen niet meer te worden aangesproken en/of is door het tijdsverloop zijn positie ondergraven. Aldus lijken alle zaken problematisch in het kader van de verhouding tussen verjaring en rechtsverwerking. Oordelen wij daarentegen op basis van de aard van het stilzitten van de crediteur, dan blijkt wél onderscheid mogelijk te zijn.

Niet alleen heb ik bepleit dát onderscheid mogelijk is, ik heb ook getracht aan-nemelijk te maken welk soort stilzitten het rechtsverwerkingsoordeel wel, en welk soort stilzitten het rechtsverwerkingsoordeel niet zou kunnen dragen. Dat leverde het volgende op.

Ten eerste zijn er de gevallen waarin de crediteur ‘zijn momentum mist’. Die gevallen zijn in het kader van het thema rechtsverwerking/verjaring eigenlijk niet problematisch, omdat substantieel tijdsverloop geen dragende factor is geweest voor het rechtsverwerkingsoordeel. Het is met andere woorden voor de vaste verjarings-termijn niet bedreigend als hier rechtsverwerking wordt aangenomen.

Ten tweede zijn er gevallen waarin de crediteur niet direct had hoeven ageren en zich verder geen ontwikkeling anders dan substantieel tijdsverloop heeft voorgedaan. Die gevallen zijn welbeschouwd ook niet problematisch: hier behoort in de toekomst geen rechtsverwerking meer te worden aangenomen. Voor zover ik heb kunnen nagaan is dat overigens onder het nieuwe verjaringsrecht ook nog niet gebeurd.

Ten derde zijn er gevallen waarin er geen jong, scherp moment aanwijsbaar is waarop de crediteur had moeten ageren, er substantieel tijd verstrijkt en zich vervolgens tussen partijen een vorm van contact voordoet die (een van) de gronden die rechtsverwerking rechtvaardigen, versneld doet intreden. In die casus moet de rechter beoordelen of de ‘versnelling’ die het contact bewerkstelligt, met name valt hier te denken aan het vertrouwen dat geen nakoming meer wordt gevorderd, voldoende substantieel is om het rechtsverwerkingsoordeel te kunnen dragen. Meer dan dat de rechter terughoudend moet zijn, valt over die toets op voorhand niet te zeggen.

27.9 Het nieuwe verjaringsrecht en de rechtspraak van de Hoge Raad

Ik heb mij afgevraagd wat van het bovenstaande de implicatie voor de rechtspraak van de Hoge Raad zou kunnen zijn. De onder het oude verjaringsrecht ontwikkelde formule lijkt mij, als gezegd, onder het nieuwe te ruim baan te geven aan het rechtsverwerkingsberoep; hij staat rechtsverwerking op basis van louter tijdsverloop toe en dat is niet langer gewenst.

In de huidige formule staat de debiteur centraal; de ‘bijzondere omstandigheden’ betreffen zijn vertrouwen en de verzwaring van zijn positie. Op zichzelf kunnen de ‘bijzondere omstandigheden’ gehandhaafd blijven. Wat evenwel zou moeten worden toegevoegd, is een overweging betreffende de ‘gedraging’ van de crediteur.

Daarvan biedt in concreto, zonder dus dat zij afdoet aan de bedenking over de abstracte formule van de Hoge Raad, de volgende overweging uit het eerder geciteerde HR 28 november 2003 een mooi voorbeeld: “dat Marsman, door in een periode van negen jaar tot zes maal toe niet tot dagvaarding over te gaan terwijl zulks op grond van haar in diezelfde periode tot M. gerichte brieven wel verwacht mocht worden, het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt (...)”.

27.10 Conclusie

Anders dan het lang gevestigde adagium “louter tijdsverloop is voor rechtsverwerking onvoldoende” doet vermoeden, was feitelijk onder het oude verjaringsrecht louter tijdsverloop voor verjaring wel degelijk voldoende. Volgens de Hoge Raad moest sprake zijn van “bijzondere omstandigheden”. De omstandigheden die hij als zodanig kwalificeerde, waren echter niet bijzonder, maar juist typisch voor substantieel tijdsverloop.

Onder het oude verjaringsrecht was die brede toepassing van de rechtsverwerking min of meer onvermijdelijk, omdat de toen geldende dertigjaarstermijn de debiteur onvoldoende bescherming bood tegen het nodeloze dralen van de crediteur; wilde de rechter een rechtvaardige beslissing nemen, dan moest hij wel marchanderen met de regel dat louter tijdsverloop voor verjaring onvoldoende is.

Met de introductie van de vijfjarige verjaringstermijnen is het met die noodzaak gedaan en hoeft de rechter geen rechtsverwerking op grond van louter tijdsverloop meer aan te nemen. Sterker, hij ‘mag’ dat ook niet meer doen, omdat het nieuwe verjaringsregime wél adequate termijn stelt, en het de status van die termijnen ondergraaft is als voor hun ommekomst rechtsverwerking op grond van louter tijdsverloop wordt aangenomen.

Daarmee is het ons met de regel dat louter tijdsverloop voor rechtsverwerking onvoldoende is, weer ernst. Dat betekent dat opnieuw de klassieke vraag naar zijn precieze begrenzing rijst. Traditioneel wordt die grens gezocht in het perspectief van de debiteur: rechtsverwerking is aan de orde, als de debiteur er gerechtvaardigd op is gaan vertrouwen niet meer te hoeven nakomen, of als hij door het tijdsverloop onredelijk in zijn positie is benadeeld. Die benadeling bestaat dan in de bezwaring van zijn bewijspositie en/of in de frustratie van vermogensanticipatie.

Het probleem met het perspectief van de debiteur als criterium, is dat het gevolg van het stilzitten niet is waarin de specialis verjaring (krachtens de subjectieve termijn) zich van de generalis rechtsverwerking onderscheidt. Ook bij louter tijdsverloop treden immers de genoemde gevolgen voor de debiteur in. Veeleer moet het onderscheid worden gezocht in de ‘gedraging’ van de crediteur. De jurisprudentie die beoordeeld

vanuit het perspectief van de debiteur onder één noemer valt, laat zich beoordeeld naar de gedraging van de crediteur in drie categorieën verdelen.

Ten eerste zijn er de zaken waarin de crediteur een vroeg gelegen ‘momentum’ laat voorbijgaan zonder te ageren – het betreft gevallen die doen denken aan art. 6:89 BW en 7:23 BW. In die gevallen kan de rechter rechtsverwerking aannemen, omdat substantieel tijdsverloop voor het rechtsverwerkingsoordeel niet dragend is, en dus de verjaringstermijn niet gecorrumpeerd raakt.

Ten tweede zijn er de zaken waarin het tijdsverloop welbeschouwd de enige grond voor het aannemen van rechtsverwerking is. Deze beslissingen tasten het verjaringsrecht aan, en zijn dus in zaken waarop het nieuwe verjaringsrecht van toepassing is, niet aanvaardbaar. Inderdaad heeft de Hoge Raad onder het nieuwe verjaringsrecht een dergelijk uitspraak nog niet gedaan.

Ten derde zijn er zaken waarin de samenwerking van substantieel tijdsverloop en gedurende dat tijdsverloop plaatshebbend contact (een van) de gronden die rechtsverwerking rechtvaardigen, versneld doen intreden. De rechter moet in die gevallen beoordelen of de ‘versnelling’ die het contact bewerkstelligt, voldoende substantieel is om het rechtsverwerkingsoordeel te kunnen dragen. Over die toets valt op voorhand niet meer te zeggen dan dat de rechter terughoudend moet zijn.

27.11 Post scriptum; verjaring krachtens de subjectieve termijn is rechtsverwerking, verjaring krachtens de objectieve termijn niet

Het ging in dit hoofdstuk om de vraag naar rechtsverwerking voor ommekomst van de verjaringstermijn. Buiten die vraag, maar binnen het thema van de verhouding tussen verjaring en rechtsverwerking, is er ook nog de kwestie in hoeverre de *voltooide* verjaring – anders dus dan de in de vorige paragraaf juist onvoltooide verjaring – als rechtsverwerking moet worden beschouwd. Brunner schrijft:

“Verjaring is verwant aan rechtsverwerking door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dat verjaring en rechtsverwerking verwant zijn, is ook door de wetgever onderkend. Door uitbreiding in het nieuwe BW van de gevallen waarin een korte termijn geldt, wordt immers het instituut van de rechtsverwerking teruggedrongen ten gunste van de verjaring.”³⁶

De verwantschap tussen verjaring en rechtsverwerking is in vele andere bronnen bepleit.³⁷

Ik meen dat men bij het denken over de verhouding tussen verjaring en rechtsverwerking moet differentiëren. Mij is de stelling dat rechtsverwerking en verjaring steeds verwant zijn, te algemeen. Verjaring krachtens de korte subjectieve termijn acht ik inderdaad verwant aan de rechtsverwerking. Ik heb bij herhaling betoogd dat naar

³⁶ Brunner, Themis 2001, p. 244.

³⁷ Pitlo-Hidma IV, p. 228; afwijzend Van Leeuwen, diss., p. 15.

mijn mening subjectieve termijnen moeten worden gezien als een gestandaardiseerde vorm van rechtsverwerking: de crediteur wordt zijn nodeloze dralen ten koste van de debiteur tegengeworpen.³⁸

Bij verjaring krachtens de objectieve lange termijn daarentegen, spreekt de rechtsverwerkingsgedachte veel minder aan.³⁹ Kenmerkend voor verjaring krachtens de objectieve termijn is immers dat de vordering verjaart, nog voordat de crediteur zijn vordering heeft kunnen geldend maken.⁴⁰ Dat hier een recht teniet gaat door eigen toedoen, door een gedraging die zich niet verhoudt met een eerdere gedraging, valt daarom niet vol te houden. Er is dus niet het voor rechtsverwerking typische ‘contraire gedrag’; er is in feite helemaal geen ‘gedraging’. De crediteur heeft nooit stilgezeten terwijl hij had kunnen handelen.⁴¹

Ik ben in het debat over de verhouding tussen verjaring en rechtsverwerking het door mij voorgestane onderscheid niet tegengekomen. Dat kan onder andere komen doordat het onderscheid zijn oorsprong mede vindt in ons getrapte verjaringsstelsel (een korte subjectieve en een lange objectieve termijn) en dat stelsel, ook internationaal gezien, betrekkelijk nieuw is.

38 Zie § 9.2 en § 12.3.

39 Tot steun van die stelling kan onder andere het volgende citaat van Valk dienen (diss., p. 84): “Rechtsverwerking op grond van tijdsverloop behoort net als verjaring uitgesloten te zijn tot het moment waarop de grechtigde wél in de positie is geweest stuitingsdaden te verrichten.” Tjittes (2007), p. 30 meent dat voor het aannemen van rechtsverwerking niet vereist is dat de rechthebbende kennis heeft van het recht dat hij verwerkt. Misschien is dat inderdaad niet per definitie zo – ik laat dat in het midden – maar in het paradigmatische geval natuurlijk wél. Alleen waar de crediteur zijn recht geldend kon maken, laat rechtsverwerking zich probleemloos rechtvaardigen: het belang van de debiteur (vertrouwen, benadeling positie) wint het, omdat wij de crediteur zijn stilzitten kunnen verwijten. Buiten verwijt heeft men voor het ontnemen van een recht veel zwaardere debiteursbelangen nodig, of men moet het stilzitten van de crediteur op andere grond dan verwijt aan hem kunnen toerekenen. Kiest men die laatste variant, dan neigt men alweer naar het territoire van de subjectieve termijn.

40 Ik heb dat uiteengezet in § 9.1.

41 Naar het oordeel van Brunner is verjaring uitsluitend dan aan de orde (zou althans slechts dan aan de orde moet zijn), wanneer de crediteur verweten kan worden dat hij geen actie heeft genomen (Brunner, *Themis* 2001, p. 248. Neemt men dat tot uitgangspunt, dan zijn verjaring en rechtsverwerking inderdaad per definitie verwant, is verjaring zelfs een verschijningsvorm van rechtsverwerking. Zie overigens voor mijn betoog dat ook buiten nodeloos dralen van de crediteur voor verjaring plaats moet zijn § 9.3.

28.1 Inleiding

28.1.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over vervaltermijnen. Er is, anders dan voor verjaringstermijnen, geen algemene regeling voor vervaltermijnen. De wetgever licht dat als volgt toe:

“(…) een algemene regeling voor vervaltermijnen [is] onnodig geacht. (...) Wat de regels van vervaltermijnen betreft, deze vloeien in hoofdzaak hieruit voort dat de verjaringsregels niet van toepassing zijn, zodat geen stuiting, verlenging of afstand mogelijk is, tenzij de wet anders bepaalt, wat ook in het nieuwe wetboek hier en daar geschiedt (...). Een rem op het opstellen van algemene regels was verder dat vervaltermijnen, veel sterker dan verjaringstermijnen, in aard uiteen lopen. Zij kunnen allerlei in karakter verschillende bevoegdheden betreffen, maar ook betrekking hebben op een vordering, die na het verstrijken van de termijn ophoudt te bestaan.”⁴²

Er staat dat voor vervaltermijnen geen algemene regeling geldt, onder andere omdat vervaltermijnen zozeer in functie uiteen lopen. Maar vervolgens lijken die regels tóch te worden gegeven, en wel via een a contrario-achtige redenering. Te lezen valt: “Wat de regels van vervaltermijnen betreft, deze vloeien in hoofdzaak hieruit voort dat de verjaringsregels niet van toepassing zijn (...)” Alles wat voor verjaring geldt, geldt niet voor verval? Het vervolg “zodat geen stuiting, verlenging of afstand mogelijk is”, suggereert dat wel.

Over de rechtvaardiging van die benadering ontstaat echter direct twijfel als men beseft dat vervaltermijnen in veel gevallen dezelfde functie vervullen als verjaringsstermijnen – daarover straks meer. Het gaat dan niet aan om de regels waaraan zij moeten gehoorzamen a priori tegengesteld te achten.

De wetgever laat ons over de regels van verval dus niet meer weten dan een wat cryptische passage in de Parlementaire geschiedenis. Dat betekent dat wij in belangrijke mate zijn aangewezen op rechtspraak en literatuur. Het opvallende is, dat waar de wetgever zegt af te zien van het formuleren specifieke bepalingen, (mede) omdat vervaltermijnen daartoe al te zeer in aard uiteen lopen, in de literatuur van terughoudendheid weinig te bespeuren valt. Zonder veel nuances of reserves poneert men regels met min of meer algemene geldingspretentie.

42 Parl. Gesch. Boek 3, p. 1416.

De werking van vervaltermijnen wordt, net als in de parlementaire geschiedenis gebeurt, bijna steeds gecontrasteerd met de werking van verjaringstermijnen. Algemeen wordt het volgende aangenomen:

- verval heeft de ondergang van het materiële recht tot gevolg (sterke werking), verjaring heeft de ondergang van de rechtsvordering tot gevolg (zwakke werking);
- vervaltermijnen worden door de rechter ambtshalve toegepast, op een verjaringstermijn moet de debiteur zich beroepen;
- de debiteur kan geen ‘afstand doen van verval’; hij kan niet bewerkstelligen dat het verval van recht niet intreedt; het beroep op een verjaringstermijn is wél ter discretie van de debiteur;
- vervaltermijnen kunnen niet gestuit worden, verjaringstermijnen wél.⁴³

Over deze vier punten geldt al decennia lang een grote mate van overeenstemming. Ik zal in dit hoofdstuk evenwel betogen dat drie van de vier genoemde regels niet gelden waar het vervaltermijnen niet van openbare orde betreft: als het een vervaltermijn niet van openbare orde is hoeft de rechter hem niet ambtshalve toe te passen, kan van de termijn afstand worden gedaan en kan de termijn soms, afhankelijk van het type termijn, ‘gestuit’ worden. Dat is een vrij fundamentele afwijking van de heersende leer.

Ik verwacht mij met die stelling niet buiten het debat te plaatsen, omdat er eigenlijk geen debat bestaat. Reeds in 1956 stond in Asser/Losecaat Vermeer & Rutten: “In alle handboeken kan men vinden, dat verjaring en verval streng moeten worden onderscheiden. Opmerkelijk is echter, dat omtrent het essentiële verschil tussen beide figuren geen eenstemmigheid bestaat.”⁴⁴ Tegenwoordig is precies die zin nog steeds in de Asser-serie te lezen.⁴⁵ Hetzelfde geldt voor een groot deel van de overige tekst over vervaltermijnen, zoals: “Bepalingen, welke een vervaltermijn vaststellen, zijn van dwingend recht en de rechter moet deze ambtshalve toepassen. Met betrekking tot beroepstermijnen in het procesrecht is dit bijzonder duidelijk, maar het geldt ook voor andere termijnen. Dit wordt tegenwoordig wel algemeen aangenomen. (...)”⁴⁶

Deze statische toestand is niet zo verwonderlijk, omdat er in min of meer recente tijden niemand is geweest die zich met kritische blik op het onderwerp heeft gericht. In de literatuur treft men, wat scherp gezegd, slechts mechanische parafrasen van de communis opinio en nog steeds baseert de doctrine zich op Hoge Raad arresten uit

43 Een passage als de volgende (Brunner, De Jong (2004), nr. 302) is exemplarisch: “Een wettelijke vervaltermijn is van geheel andere aard. Hij doet het vorderingsrecht tenietgaan en niet alleen de rechtsvordering. Verval van het vorderingsrecht (*déchéance*) is dus een bijzondere wijze van tenietgaan van een vorderingsrecht. De rechter moet vervaltermijnen ambtshalve toepassen, ongeacht of de schuldenaar zich daarop beroept. Wettelijke vervaltermijnen zijn van dwingend recht en – anders dan verjaringstermijnen – niet vatbaar voor schorsing, stuiting of verlenging.” In vergelijkbare bewoordingen Hijma, Olthof (2005), nr. 98 en Asser/Hartkamp 4-I, nr. 686-691 met nadere verwijzingen.

44 Asser/Losecaat Vermeer & Rutten (1956), p. 519.

45 Asser/Hartkamp 4-I, nr. 686.

46 Asser/Losecaat Vermeer & Rutten (1956), p. 521; Asser/Hartkamp 4-I, nr. 688.

de jaren twintig die, zo hoop ik hierna te adstrueren, inmiddels werkelijk niet meer voor juist gehouden kunnen worden.

Mijn opvatting resulteert in een nogal postmodern geheel: vervaltermijnen in het vermogensrecht blijken niet aan de vaste regels te gehoorzamen die in de literatuur worden opgesomd. Hun functioneren lijkt soms zelfs op dat van verjaringstermijnen. De vraag is dan: waarin verschillen verjaring en verval dan nog wél en wanneer moet de wetgever voor verjaring en wanneer voor verval kiezen? Die kwestie zal ik bespreken na de drie zojuist genoemde punten. Eerst nog twee inleidende opmerkingen.

28.1.2 Categorisering van vervaltermijnen

Niet ten onrechte merkt de wetgever op dat vervaltermijnen meer dan verjaringstermijnen in aard uiteenlopen. Anders dan tot dusverre in de doctrine gebeurt, zal ik in dit hoofdstuk aan die verschillen ook consequenties verbinden. Het is in dat kader nodig de vervaltermijnen enigszins te categoriseren. Laat ik dat ten eerste doen op basis van hun onderwerp. Ik noem drie categorieën.

In het merendeel der gevallen hebben vervaltermijnen betrekking op bevoegdheden. Dat geldt bijvoorbeeld voor de bevoegdheid een rechtsmiddel in te stellen, de bevoegdheid buitengerechtelijk te ontbinden, de bevoegdheid buitengerechtelijk te vernietigen en de bevoegdheid het recht van reclame uit te oefenen.

Het komt ook voor dat vervaltermijnen zien, niet op een bevoegdheid, maar op een *obliegenheit*, een handeling die de crediteur moet verrichten om zijn recht veilig te stellen. De belangrijkste voorbeelden uit die categorie zijn de art. 6:89 en 7:23 BW: de afnemer moet binnen redelijke termijn klagen over een gebrek in het geleverde; doet hij dat niet, dan vervallen zijn rechten uit hoofde van de vermeende tekortkoming.

Ten slotte komt het ook regelmatig voor dat vervaltermijnen zien op vorderingsrechten. Dat laatste type recht wordt in de regel beheerst door de verjaring, maar dus niet altijd. De reden om toch een vervaltermijn op te nemen, ligt over het algemeen in verdragsrechtelijke verplichtingen.⁴⁷ Denk bijvoorbeeld aan art. 6:191 BW, dat ingevolge de ‘Europese richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken’ bepaalt dat een recht op schadevergoeding tegen de producent vervalt na tien jaar. Deze schadevergoedingsvordering zou, had de nationale wetgever de vrije hand gehad, hoogstwaarschijnlijk door een verjaringstermijn beheerst zijn geweest.

Afhankelijk van de vraag die men zich stelt, kan het zinvol zijn vervaltermijnen nog langs andere lijnen te ordenen. Zo zal in het kader van de vraag of vervaltermijnen ambtshalve moeten worden toegepast, van wezenlijk belang blijken te zijn of een vervaltermijn van openbare orde is. Mijn opvatting is dat vermogensrechtelijke vervaltermijnen niet van openbare orde zijn en daarom niet ambtshalve moeten worden toegepast – over die opvatting straks nader.

In het kader van de vraag naar ‘stuiting’ van vervaltermijnen is weer een andere indeling van belang, namelijk of de vervaltermijn betrekking heeft op iets dat de

47 Zie ook Brunner, De Jong (2004), nr. 303.

crediteur geheel in eigen hand heeft, of dat een prestatie van de debiteur vereist is. In het kader van de stuiting gaat het er om dat de crediteur de debiteur laat weten dat het hem met de vordering nog ernst is; waar de crediteur het zonder enige handeling van de debiteur kan stellen, lijkt dat uitgangspunt te duiden op overbodigheid van een stuitingsmogelijkheid – ook daarover straks nader.

28.1.3 Rechtsvergelijking

Het ligt voor de hand om in een dogmatische kwestie als de verhouding tussen verval en verjaring naar het Duitse recht te kijken. Het probleem is evenwel dat van het Duitse recht niet zo gemakkelijk vruchten te plukken zijn.

Ten eerste neemt men in het Duitse recht de bedenking dat vervaltermijnen te divers zijn om algemene uitspraken over te doen – terecht – veel serieuzer dan in Nederland:

“Eine eigenständige übergreifende Regelung haben die Ausschlußfristen im Gesetz nicht erfahren. Das erklärt sich schon aus den starken unterschieden, die zwischen den einzelnen Fällen bestehen und die dann auch Herausbildung einer eigenständigen Dogmatik verhindert haben.”⁴⁸

Dat gebrek aan een *eigenständigen Dogmatik* maakt het moeilijk uit het Duitse recht eenduidige lessen te trekken.

Ten tweede lopen Duits en Nederlands recht uiteen waar het gaat om beantwoording van de vraag wat een vervaltermijn is. Naar Duits recht geldt het volgende:

“Die Deutung einer Frist in dem einen oder der anderen Sinnen folgt aus Sinn und Zweck der Regelung. Ausschlußfristen sind dann anzunehmen, wenn es mit dem Fristablauf sein endgültiges Bewenden haben soll; ihre Anordnung liegt also vorzugsweise im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, weniger – gegenüber der Verjährung – im Schuldnerschutz.”⁴⁹

Als wij dat criterium zouden hanteren, zou de grote meerderheid van de vervaltermijnen uit het Nederlandse vermogensrecht niet als vervaltermijn gekwalificeerd worden; vermogensrechtelijke vervaltermijnen strekken primair tot bescherming van de schuldenaar. Naar Nederlands recht is echter niet te ontkennen dat het vervaltermijnen betreft, omdat de wetgever dat opzettelijk in de tekst tot uitdrukking heeft gebracht.⁵⁰ Deze uiteenlopende kwalificatie maakt de vergelijking die men vervolgens van de vervaltermijnen toepasselijke regels zou willen maken, erg problematisch; het is als appels met peren vergelijken.

Dan doet zich vervolgens ook het probleem voor dat ten aanzien van wezenlijke kwesties de opvattingen verdeeld zijn. Bijvoorbeeld:

48 Staudinger-Peters (2004) Vorbem zu § 194 Rnr.14 2.

49 Staudinger-Peters (2004) Vorbem zu § 194 Rnr.13 1 b).

50 Parl. Gesch. Boek 3 p. 294.

“Diskutiert wird, ob auf Ablauf und Wahrung von Ausschlußfristen die Bestimmungen über die Verjährung, namentlich über deren Hemmung oder Neubeginn angewendet werden können.”⁵¹

Opnieuw geen eenduidige Duitse richting dus.

Overigens zegt het bovenstaande reeds op zichzelf natuurlijk al wel iets over Duits recht. Met name het gebrek aan *eigenständigen Dogmatik* heeft mij gesterkt in de opvatting dat men bij het denken over vervaltermijnen veel meer dan tot dusverre in Nederland is gebeurd, moet differentiëren naar het type vervaltermijn.

28.2 De verschillen tussen verval en verjaring

28.2.1 Inleiding

Als gezegd, de communis opinio is dat: (i) de rechter vervaltermijnen ambtshalve toepast, (ii) van verval geen afstand kan worden gedaan, (iii) verval niet kan worden gestuit en (iv) verval sterke werking heeft.

Over al deze aspecten zal ik mij in deze paragraaf uitlaten, met uitzondering van de laatste. De wetgever heeft er expliciet voor gekozen aan de verjaring zwakke werking toe te kennen. Tegen die keuze bestaan wat mij betreft geen bezwaren. Dat verval geen zwakke maar sterke werking heeft, is een logisch gegeven voor zover het bevoegdheden of *obliegenheiten* betreft. Zwakke werking wil niet meer zeggen dan het enkele verval van de rechtsvordering en is daarom niet aan de orde. Bevoegdheden of *obliegenheiten* gaan nu eenmaal naar hun aard niet vergezeld van een rechtsvordering (er valt niets in rechte af te dwingen). Voor zover het vervaltermijnen betreft die op een vorderingsrecht zien, zal veel afhangen van de tekst van de betreffende bepaling. Over het algemeen geeft die aanleiding tot sterke werking te concluderen.

Men zou zich overigens kunnen verwonderen over de aandacht die in de loop der tijd naar de kwestie sterke/zwakke werking is uitgegaan. Lichtenauer noemde het “één der felst omstreden controversen uit de rechtsgeschiedenis”.⁵² Of de staat van opwinding van de rechtswetenschappers over deze kwestie te vergelijken is met die van de justitiabelen valt te betwijfelen: de benadeelde die van zijn advocaat hoort dat zijn vordering verjaard is, zal nauwelijks getroost zijn door de nadere uitleg dat verjaring zwakke werking heeft, en dus, mocht de verzekeraar uit aardigheid tóch willen betalen, die betaling niet onverschuldigd is. Over het algemeen wordt een tandeloos vorderingsrecht niet voldaan en dat een eventuele betaling niet onverschuldigd is, maakt in de grote meerderheid van de gevallen weinig verschil; wie bewust onverschuldigd betaalt zal in de regel het geld niet terug verlangen. Ik wil hiermee

51 Staudinger-Peters (2004) Vorbem zu § 194 Rnr.15 c).

52 Lichtenauer, diss. p. 20.

niet meer gezegd hebben dan dat het praktisch belang beperkt is; non-existent zal het niet zijn.

Thans de bespreking van de drie genoemde aspecten, te beginnen met de ambtshalve toetsing.

28.2.2 *Ambtshalve toetsing*

28.2.2.1 *Inleiding*

Als gezegd, in de wet staat nergens dat vervaltermijnen ambtshalve moeten worden toegepast. Desondanks wordt deze regel in de literatuur als min of meer vanzelfsprekend gepresenteerd. Verwezen wordt ter adstructie met name naar HR 26 juni 1998.⁵³ Inderdaad lijkt de Hoge Raad in dat arrest de bedoelde regel te onderschrijven. De werknemer riep na ommekomst van de vervaltermijn van 6 maanden de nietigheid van het ontslag in. De Hoge Raad overwoog:

“De in art. 9 BBA bepaalde termijn van zes maanden is een vervaltermijn. Ten tijde van het indienen van de memorie van grieven was deze termijn reeds verstreken, zodat Kluppel toen niet meer bevoegd was tot het invoeren van de nietigheid van het ontslag. De Rechtbank had dit ambtshalve in aanmerking moeten nemen, in plaats van – impliciet – aan te nemen dat Kluppel zich tijdig op de nietigheid van het ontslag heeft beroepen.”

De Hoge Raad vindt de enkele constatering dat het een vervaltermijn betreft, voldoende voor zijn conclusie dat de Rechtbank de overschrijding van die termijn ambtshalve in aanmerking had moeten nemen.

Desondanks zie ik reden tot twijfel. Dat de rechter ambtshalve vervaltermijnen toepast die van openbare orde zijn, is gemakkelijk aan te nemen. Maar waarom zou hij ambtshalve vervaltermijnen toepassen die, zoals vaak in het vermogensrecht, slechts het belang dienen van degene tegen wie het recht wordt ingeroepen?

Bepleit is dat het met verjaring en verval is als met vernietigbaarheid en nietigheid van rechtswege⁵⁴: op verjaring moet men zich beroepen zoals men zich op vernietigbaarheid moet beroepen; door verval daarentegen gaat ook buiten enige wilsuiking van de debiteur het recht teniet, net zoals de rechtshandeling in strijd met de goede zeden van rechtswege nietig is.

Naar mijn mening is het behulpzaam die analogie te verlengen door ook het tweede lid van art. 3:40 BW in ogenschouw te nemen. Dat bepaalt dat strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid, tenzij de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling; dan is er slechts sprake van vernietigbaarheid. Ligt het niet voor de hand een vergelijkbare redenering toe te passen op vervaltermijnen? Vervaltermijnen hebben van rechtswege verval van recht tot gevolg, indien zij, kort gezegd, van openbare orde zijn. Dienen zij daarentegen

⁵³ NJ 1998, 766.

⁵⁴ Zie o.a. Kanter, diss., p. 115; Koopmann, diss. p. 118; Asser/Hartkamp 4-I, nr. 686.

uitsluitend het belang van de debiteur, dan moet deze zich zelf op het overschrijden van de termijn beroepen, wil het verval intreden.

Ik zal die stelling hierna inderdaad verdedigen. Om haar wat te concretiseren, geef ik thans een aantal voorbeelden van vervaltermijnen die naar mijn mening niet ambtshalve toegepast moeten worden: *art. 6:140 lid 3 BW* (rechtsvordering m.b.t. rekening courant; redelijke termijn); *art. 6:89 BW* (recht van klagen over gebrek in prestatie; redelijke termijn); *art. 6:191 BW* (rechtsvordering m.b.t. gebrekkig product; tien jaar); *6:268 BW* (recht tot buitengerechtelijke ontbinding; met verjaring ontbinding o.g.v. 3:311); *art. 7:23 lid 1 BW* (recht van klagen over gekochte zaak; redelijke termijn); *art. 7:44 BW* (recht van reclame; zestig dagen); *art. 7:647 BW* (recht van vernietiging opzegging arbeidsovereenkomst; twee maanden); *8:1753 BW* (rechtsvordering tot schadevergoeding reiziger; drie maanden). Deze opsomming is niet uitputtend bedoeld; met name in bepalingen over de bijzondere overeenkomsten zijn vervaltermijnen te vinden waarvoor hetzelfde geldt.

Mijn betoog dan; ik begin met de bespreking van rechtspraak en literatuur.

28.2.2.2 Rechtspraak

Bij nadere beschouwing blijkt het beeld van de rechtspraak wat anders dan HR 26 juni 1998 suggereert. Uit dat arrest lijkt inderdaad voort te vloeien dat het enkele feit dat sprake is van een vervaltermijn, de rechter ertoe noopt die termijn ambtshalve toe te passen. Te wiens behoeve de bepaling geschreven is, lijkt niet ter zake te doen.

Maar ook in HR 1 november 1974⁵⁵ was de vervaltermijn van art. 9 BBA aan de orde. De Hoge Raad overwoog toen:

“dat het Hof niet gehouden was ambtshalve te onderzoeken of Glas de nietigheid van het ontslag tijdig had ingeroepen, nu de bepaling van art. 9 lid 2 is geschreven in het belang van de tegenpartij van degeen die de nietigheid inroept, zodat de rechter eerst dan tot een onderzoek op dit punt is gehouden indien die tegenpartij stelt dat het ontslag niet tijdig is ingeroepen.”⁵⁶

Dát is feitelijk de regel die ik zou willen verdedigen. Is de Hoge Raad in zijn arrest van 26 juni 1998 ‘omgegaan’? Hoewel de Hoge Raad door de A-G nadrukkelijk op zijn arrest van 1974 is gewezen, wekt hij niet de indruk daarvan nu principieel te willen afwijken – woorden als ‘thans’, of eerdere rechtspraak moet ‘aldus worden begrepen dat’, ontbreken.

Bovendien deden zich in de zaak uit 1998 twee omstandigheden voor die ambtshalve toepassing van de termijn ook wel erg voor de hand deden liggen. Ten eerste was de termijnoverschrijding zeer aanzienlijk. Belangrijker is, ten tweede, dat de werknemer

⁵⁵ *NJ* 1975, 343.

⁵⁶ Dat de Hoge Raad zijn woorden “het belang van de tegenpartij van degeen die de nietigheid inroept” zorgvuldig heeft gekozen lijkt een pleonasme; ik bedoel er hier mee te zeggen dat Köster de uitspraak mede heeft gewezen en hij enige tijd eerder in een nader te bespreken publicatie heeft verdedigd dat vervaltermijnen slechts geschikt zijn voor kwesties van openbare orde; dat wij sporen van die opvatting in deze uitspraak terugzien lijkt geen toeval.

zijn ontijdige beroep werkelijk onder de ogen van de rechter, namelijk *ten processe*, en nog wel in hoger beroep, deed. De ambtshalve ingreep is, waar partijen zich toch al in het territoir van de rechter bevinden, per definitie minder ver.⁵⁷⁵⁸

Dat dus de Hoge Raad is gaan menen dat in het algemeen vervaltermijnen ambtshalve moeten worden toegepast, valt wat mij betreft uit zijn arrest van juni 1998 niet af te leiden. Tot de twijfel draagt nog bij dat de Hoge Raad ook een arrest heeft gewezen waarin hij in het kader van de vraag naar ambtshalve toepassing expliciet belang hecht aan de aard van de termijn. In HR 7 februari 1992⁵⁹ was aan de orde de vervaltermijn van art. 1416 BW (oud), krachtens welke slechts beledigende uitlatingen gedaan vanaf een jaar voor de inleidende dagvaarding voor rechterlijke beoordeling in aanmerking komen. De tegen het rechtbankoordeel gerichte middelen miskennen volgens de Hoge Raad:

“(…) dat de vervaltermijn van art. 1416 BW (oud) vooreerst van openbare orde is, zodat de rechtbank gehouden was haar, ook al had Nool ter zake tegen het vonnis van de kantonrechter geen grief geformuleerd, ambtshalve toe te passen en dat het haar in dit kader vrijstond uit door Slempek gestelde feiten ter zake dienende vermoedens af te leiden.”

Men kan betekenis hechten aan het woord “zodat”; het wekt de suggestie dat als niet sprake was geweest van een termijn van openbare orde, het oordeel anders had kunnen luiden.⁶⁰

Het meest gewichtig in verband met de onderhavige kwestie lijkt mij evenwel het recente HR 20 januari 2006.⁶¹ Het ging daar om de vervaltermijn van art. 6:89 BW. Het Hof overwoog:

57 Zo kan ik mij ook voorstellen, bijvoorbeeld, dat als in hoger beroep bij wijze van vermeerdering van eis een kennelijk verjaarde vordering wordt ingesteld, het verbod van ambtshalve toepassing van de verjaring (art. 3:322 BW) nadrukkelijker dienst doet dan wanneer pre-processueel betaling zou zijn gevraagd.

58 Niet te ontkennen is intussen dat de beide arresten moeilijk te verenigen zijn. Die wrijving zien wij treffend geïllustreerd in de volgende passage uit de Conclusie A-G. De A-G meent, net als de Hoge Raad uiteindelijk, dat de oproeping van de nietigheid het ontslag niet meer kon aantasten. Hij vervolgt in motiverende zin: “Hieraan kan de regel dat de rechter niet gehouden is ambtshalve te onderzoeken of de door de werknemer gestelde oproeping van de nietigheid van het ontslag tijdig heeft plaatsgevonden [dat is de regel van HR 1 november 1974 – JLS], *niet afdoen. Ten tijde van memorie van grieven was de bevoegdheid om de nietigheid van het ontslag in te roepen immers reeds van rechtswege teniet gegaan en daarop diende de Rechtbank, nu het hier een vervaltermijn betreft, wél ambtshalve acht te slaan.*” Deze twee zinnen zijn met elkaar in tegenspraak. Als men enerzijds oordeelt dat door overschrijding van de vervaltermijn de bevoegdheid teniet gaat, en anderzijds oordeelt dat de rechter op dat tenietgaan wél ambtshalve acht moet slaan, dan impliceert dat, door die vereenzelviging van overschrijding van de termijn en teniet gaan van het recht, weldegelijk dat de rechter op overschrijding van de termijn ambtshalve acht moet slaan.

59 NJ 1993, 78.

60 Of deze termijn inderdaad van openbare orde is laat ik hier in het midden; het tegendeel lijkt mij tenminste verdedigbaar.

61 NJ 2006, 80.

“Te dezen staat voorop – gegeven het bepaalde in artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek – dat Robinson slechts een beroep toekomt op de door hem gestelde tekortkomingen, indien hij terzake binnen bekwame tijd na ontdekking bij Molenaar v.o.f. heeft geprotesteerd. Dat heeft hij – voorzover ten processe gebleken – niet, althans in volstrekt onvoldoende mate, gedaan (...).”

Het middel voert hier tegen aan dat het hof buiten de rechtsstrijd is getreden en dat voor toepassing van art. 6:89 BW vereist is dat de schuldenaar daarop een beroep doet. De Hoge Raad acht dit middel gegrond:

“De grieven 4 en 5 behelzen geen betoog dat erop neerkomt dat Robinson niet binnen bekwame tijd bij Molenaar v.o.f. heeft geprotesteerd en daarom geen beroep kan doen op de door hem gestelde tekortkomingen in de prestatie van Molenaar v.o.f. (...) Daarom is het hof, dat niet ambtshalve toepassing mocht geven aan het bepaalde in art. 6:89 BW, inderdaad buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden door Robinson op grond van deze bepaling het recht te ontzeggen nog een beroep te doen op het gebrek in de prestatie van Molenaar v.o.f.”

Een verbod op ambtshalve toepassing van de vervaltermijn van art. 6:89 BW dus.⁶² Het voorgaande doet, minstgenomen, betwijfelen of de Hoge Raad als regel aanvaardt dat vervaltermijnen ambtshalve door de rechter moeten worden toegepast.

Een kort woord tot slot over de lagere rechtspraak. Die geeft een diffuus beeld. Er zijn met name in het vervoerrecht uitspraken waarin wordt aangenomen dat de voorliggende vervaltermijn ambtshalve moet worden toegepast.⁶³ Veel voorkomend

62 Het lukt mij niet goed te begrijpen wat Bakker, *MvV* 2006, p. 74-75 in commentaar op het arrest schrijft: “Blijkens het voorgaande dient de gedachte te worden verworpen dat art. 6:89 en 7:23 lid 1 als rechtsmiddelen zouden zijn aan te merken, op de toepasselijkheid waarvan, evenals bij verjaring en vernietigbaarheid, door de verweerder een beroep dient te worden gedaan. De in genoemde wetsartikelen vervatte termijnen zijn vervaltermijnen, die de rechter zonodig ambtshalve dient toe te passen. Hiervoor is evenwel noodzakelijk dat de verweerder zowel de feiten aanvoert als het met art. 6:89 respectievelijk 7:23 lid 1 verbonden rechtsgevolg inroept. Laat de verweerder na een van beide aan te voeren of in te roepen, dan dient de rechter ervoor te waken dat hij met de verweerder gaat ‘mee procederen’ en aldus (ongemerkt) overgaat tot verboden aanvulling van feiten of van de feitelijk grondslag.”

Als verweerder het met art. 6:89 respectievelijk 7:23 lid 1 verbonden rechtsgevolg zelf inroept, dan is toch de gehele kwestie van ambtshalve toepassing niet meer aan de orde? Ambtshalve toepassing hóeft dan niet meer. Het gaat om wat rechtens is als de verweerder zich níet op overschrijding van de termijn beroept.

Overigens bepleitte Tollenaar, *NTBR* 2005, p. 442, voordat het arrest gewezen werd, voor art. 6:89 en 7:23 een uitzondering op de regel van ambtshalve toepassing van vervaltermijnen. De communis opinio (zie hierna de hoofdtekst) tot uitgangspunt nemend, lijkt mij dat een juiste suggestie.

63 Zie in vergelijkbare zin Rechtbank Rotterdam 30 september 1999, *SES* 2000, 56; Rechtbank Maastricht 27 januari 1983 en 1 november 1984, *SES* 1985, 74 en Rechtbank Amsterdam 12 juni 1974, *SES* 1974, 86. Zie buiten het vervoerrecht Hof Leeuwarden, 11 augustus 2004, *NJ* 2005, 47.

zijn zinnen als: “Het betreft hier een vervaltermijn, welke ambtshalve moet worden toegepast.”⁶⁴ Intussen leest men in de literatuur echter ook:

“Volgens Rb. Rotterdam, 12 januari 1971, N.J. 1971 no. 1971 moet de rechter de vervaltermijn ambtshalve toepassen, tenzij een uitdrukkelijke op verlenging van de termijn gerichte wilsovereenstemming gesteld en zonodig bewezen wordt. In de regel wacht de rechter evenwel af of de vervoerder zich op de termijn beroept.”⁶⁵

Het vergelijken van rechtspraak is nogal lastig, doordat, als gedurende de procedure noch door partijen noch door de rechter de vervaltermijn is ingeroepen c.q. toegepast, het probleem van ambtshalve toepassing vrijwel onzichtbaar blijft.⁶⁶ Zaken waarin de rechter de vervaltermijn wél ambtshalve toepast, zijn veel gemakkelijker te traceren.

Concluderend: de jurisprudentie biedt steun aan betwisting van de regel dat vervaltermijnen in het algemeen ambtshalve moeten worden toegepast. Er is HR 20 januari 2006 dat ambtshalve toepassing van art. 6:89 BW verbiedt, er is HR 1 november 1974 dat bepaalt dat art. 9 BBA niet ambtshalve moet worden toegepast en er zijn feitenrechters die afwachten of degene die belang heeft bij de termijn, zich er op beroept.

28.2.2.3 *De doctrine*

Zonder twijfel meent de grote meerderheid van de schrijvers dat vervaltermijnen in het algemeen ambtshalve moeten worden toegepast. Opvallend is, naast de weinig recente datum van de verhandelingen over dit onderwerp, dat aan de stelling dat vervaltermijnen ambtshalve moeten worden toegepast, vrij zelden een (kenbare) eigen motivering ten grondslag ligt. Dat is veelal wel te begrijpen, want er is niet altijd reden een stelling die algemeen geaccepteerd is, weer steeds met kracht van argumenten te bepleiten. Soms is ook de aard van de publicatie er niet naar de revolutie te prediken – denk aan een handboek.⁶⁷ Maar dat doet er niet aan af dat die uitingen op zichzelf een betrouwbare overtuigingskracht hebben.

Het meest uitgebreid zijn dissertaties van Vriesendorp (1970) en Lichtenauer (1932). Vriesendorp schrijft:

64 Deze zin in het bijzonder is ontleend aan Kantongerecht Maastricht, 28 november 1984, *PRG* 1985, 2273.

65 Dorhout Mees (1980), p. 149.

66 Maar zie wel bijvoorbeeld Hof Den Bosch, 17 december 2002, *JOR* 2003, 54, dat ambtshalve toetsing van 7:23 BW uit lijkt te sluiten.

67 Ongemotiveerd voor ambtshalve toepassing zijn o.a. Koopmann, diss., p. 118; Asser/Hartkamp 4-I, nr. 688; Brunner, De Jong (2004), nr. 302; Hijma, Olthof (2005), nr. 98.

Voorts is te noemen Vranken, die in zijn Conclusie voor HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 398, ook aanneemt dat de rechter vervaltermijnen ambtshalve toetst: “Ik stel voorop dat de rechter ambtshalve moet oordelen over het al of niet overschreden zijn van een vervaltermijn (...). Zie onder meer HR 7 februari 1992, *NJ* 1993, 78 resp. HR 24 mei 1996, *NJ* 1996, 538 met verdere gegevens in de conclusie.”⁶⁷In beide zaken waarnaar Vranken ter motivering van zijn stelling verwijst, overweegt

“Zijn vervaltermijnen voorschriften van processuele aard, gegeven in het belang der openbare orde (...), van verjaringstermijnen, hoewel van dwingend recht, kan afstand worden gedaan.”⁶⁸

Inhoudelijk vergelijkbaar maar wat uitvoeriger is wat Lichtenauer in 1932 schreef:

“Maar het is dan ook een belang van openbare orde, dat deze termijnen streng worden gehandhaafd en dus het recht niet na afloop alsnog worden verwezenlijkt, omdat de bijzondere aandrang van den wetgever daardoor zou worden miskend. Wij willen hiermede zeker niet zeggen, dat de openbare orde ermede is gemoeid, dat een recht juist dat bepaalde aantal jaren, hetwelk de wet daaraan toemeet, in leven blijft, maar dat, wanneer de wetgever eenmaal een vervaltermijn, welken dan ook, heeft gesteld, daaraan de hand wordt gehouden.”⁶⁹

Ook ambtshalve toepassing volgens Lichtenauer dus. De enige tegenstem komt van Tjittes. Hij schrijft in een recente publicatie over de ‘klachttermijn’:

“In de literatuur wordt (...) algemeen aanvaard dat de artikelen 6:89 en 7:23 lid 1 wettelijke vervaltermijnen betreffen.

Indien er sprake is van een onversneden wettelijke vervaltermijn, dan is die van openbare orde, is er sprake van dwingend recht, moet de rechter de wetsbepaling ambtshalve toepassen, is afstand van door verloop van een wettelijke vervaltermijn verkregen rechten niet mogelijk, zijn de regels van stuiting, schorsing en verlenging in beginsel niet van toepassing en kunnen de wettelijke vervaltermijnen niet bij overeenkomst worden verlengd maar alleen verkort.

De voormelde rechtsgevolgen die in de literatuur algemeen verbonden worden aan wettelijke vervaltermijn gelden naar mijn mening niet zonder meer voor alle vervaltermijnen. Uit de strekking van een vervaltermijn kan worden aangenomen dat er geen sprake is van dwingend recht en dat hij niet ambtshalve door de rechter toegepast dient te worden. (...)

Naar mijn mening betreffen de artikelen 6:89 en 7:23 lid 1 geen vervaltermijnen van openbare orde. Wil een vervaltermijn van openbare orde zijn, en daarmee dwingendrechtelijk van aard zijn en ambtshalve toegepast moeten worden, dan is daarvoor het bestaan van een openbaar belang vereist dat daartoe noopt.”⁷⁰

de Hoge Raad met zoveel woorden dat het gaat om regels van openbare orde. Dat maakt die verwijzing ter adstructie van de stelling dat de rechter *in het algemeen* vervaltermijnen ambtshalve moet toepassen, minder sterk (nader over de twee verwijzingen: Vrankens tweede verwijzing (naar HR 24 mei 1996) kan ik niet direct begrijpen, omdat daar geen vervaltermijn aan de orde was, maar de appellabiliteit: “De vraag of het in eerste aanleg gewezen vonnis vatbaar voor hoger beroep is, is van openbare orde en dient ambtshalve door de appelrechter te worden beoordeeld.” In het wél over een vervaltermijn handelende arrest van 7 februari 1992 overwoog de Hoge Raad: “[De klachten] miskennen vooreerst dat de vervaltermijn van art. 1416 BW (oud) vooreerst van openbare orde is, zodat de rechtbank gehouden was haar, ook al had Nool ter zake tegen het vonnis van de kantonrechter geen grief geformuleerd, ambtshalve toe te passen”).

68 Vriesendorp, diss., p. 204:

69 Lichtenauer diss., p. 99.

70 Tjittes, *Themis* 2007, p. 17.

Het citaat begint terughoudend in die zin dat Tjittes met de uitdrukking “onversneden vervaltermijn” lijkt te suggereren dat vervaltermijnen die niet van openbare orde zijn, geen ‘echte’ vervaltermijnen zouden zijn. Maar even later staat het er met zoveel woorden: vervaltermijnen die niet van openbare orde zijn, moeten niet ambtshalve worden toegepast. Tjittes’ artikel gaat weliswaar in de kern over 6:89 en 7:23 BW, maar zijn bewoordingen hebben ontegenzegglijk een algemene strekking.

De enkele tegenstem van Tjittes kan er niet aan afdoen dat de (bijna unanieme) meerderheid der schrijvers meent dat vervaltermijnen van openbare orde zijn en daarom ambtshalve moeten worden toegepast. Nu is wat mij betreft zonder meer te omarmen de opvatting dat vervaltermijnen van openbare orde ambtshalve worden toegepast – denk aan termijnen in het procesrecht. Daarin ligt mijn bezwaar tegen deze opvatting niet. Mijn bezwaar ligt in de veronderstelling dát alle vervaltermijnen van openbare orde zijn.

Daarmee is denk ik het debat getekend: ik ben geen schrijver tegengekomen die eerst een onderscheid maakt tussen vervaltermijnen van openbare orde en vervaltermijnen niet van openbare orde, en die vervolgens nog gemotiveerd verdedigt dat álle vervaltermijnen ambtshalve moeten worden toegepast. Dat doet vermoeden dat het meningsverschil een stadium eerder ligt, namelijk in de kwalificatie van de vervaltermijn. De vraag lijkt eigenlijk te zijn: zijn vervaltermijnen in de regel van openbare orde?

28.2.2.4 *Zijn vervaltermijnen van openbare orde?*

Naar mijn mening zijn de in de inleiding opgesomde termijnen niet van openbare orde. Alvorens uiteen te zetten waaróm niet, is het wellicht goed eerst de aandacht te vestigen op vervaltermijnen wél van openbare orde. Ik heb weinig toe te voegen aan wat Köster daarover bijna 50 jaar geleden schreef:

“Voorbeelden van (...) met de openbare orde samenhangende termijnen vindt men in de eerste plaats in het familierecht. Ik noem bv. de termijn van één of twee maanden voor de vordering tot ontkenning van de wettigheid van een kind (art. 311 B.W.) en van drie maanden voor de vordering tot nietigverklaring van een huwelijk wegens dwang of dwaling in de persoon (art. 142 B.W.). Het gaat hier om rechten, die niet ter vrije beschikking van partijen staan, omdat daarbij in de eerste plaats algemene belangen en het belang van de uit het huwelijk geboren kinderen betrokken zijn.

Daarnaast bestaan korte vervaltermijnen in situaties, waarin rechten van derden kunnen worden benadeeld. Ik denk hier o.a. aan de termijn tot nietigverklaring op formele grond van een besluit der algemene vergadering van aandeelhouders van een naamloze vennootschap (art. 46a W.v.K.) of aan termijnen, na afloop waarvan bijzondere verhaalsrechten of preferenties vervallen (vgl. bv. art. 1188 B.W., 318d lid 4 en 488 W.v.K.).

Tenslotte zijn er processuele termijnen, waarvan men de striktheid kan aanvaarden, zoals de termijn voor hoger beroep. Zonder ambtshalve toepassing daarvan zou het aan de procederende partijen vrijstaan nog jaren na de uitspraak in eerste instantie een procedure

in appél aan te vangen hetgeen zou strijden met de ordelijke gang van zaken bij de appél-rechter.”⁷¹

Waarom zijn de door mij opgesomde termijnen níet van openbare orde? Ik zal bij wijze van *pars pro toto* art. 7:23 BW bespreken; de algemenere gelding van de te bespreken overwegingen hoop ik waar zij aan de orde komen aannemelijk te maken.

Art. 7:23 lid 1 BW bepaalt dat de koper er geen beroep meer op kan doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijze had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. Lid 2 bepaalt vervolgens dat de rechtsvordering, gegrond op de stelling dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, verjaart, twee jaar na die in lid 1 bedoelde kennisgeving. Waarom is lid 1 niet van openbare orde?

Over het belang dat met de bepaling wordt gediend, valt in de Parlementaire geschiedenis te lezen:

“De koper moet (...) binnen bekwame tijd ageren op straffe van verlies van al zijn aanspraken. Dit is in het belang van de verkoper geoordeeld, die anders geconfronteerd zou worden met niet te verifiëren klachten. In het huidige recht is de verborgen gebreken regeling eveneens aan een (zeer) korte termijn gebonden op straffe van verval van rechten.”⁷²

Het belang van de verkoper dus, en niet het belang van de openbare orde. Eigenlijk is daarmee wat mij betreft alles gezegd.

Ik zou menen dat een vergelijkbare redengeving aan alle hiervoor opgesomde vervaltermijnen ten grondslag ligt. Het gaat om het belang van de debiteur, in het bijzonder om zijn bewijspositie en zijn rechtszekerheid; het gaat niet om de openbare orde. Waarom zou, bijvoorbeeld, krachtens art. 7:647 BW het recht de opzegging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen na twee maanden vervallen? Niet ten behoeve van de openbare orde, maar ten behoeve van de werkgever: als de vordering slaagt, moet hij loon doorbetalen terwijl de werknemer geen arbeid verricht. Het is voor hém en niet voor het collectief van belang dat die situatie zo kort mogelijk duurt.⁷³

Voorts valt nog het volgende op te merken. Lid 1 van art. 7:23 BW behelst een vervaltermijn, lid 2 een verjaringstermijn. De verjaringstermijn van lid 2 is duidelijk niet van openbare orde, getuige onder andere het feit dat art. 3:322 BW het de rechter

71 Köster, *WPNR* 1962, p. 540.

72 Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 156.

73 Zie in dezelfde zin Köster, *WPNR* 1962, p. 540, volgende op het citaat in de hoofdttekst dat handelde over termijnen van openbare orde: “Tegenover deze en soortgelijke situaties, waarin het duidelijk is, dat de termijn-handhaving een zaak is, die niet alleen elkaar bestrijdende partijen aangaat, kent ons burgerlijk recht echter talrijke strikte vervaltermijnen ten aanzien van vorderingen, in welke spoedige afwikkeling *prima facie* alleen de betrokken partijen zijn geïnteresseerd. Het betreft hier vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen, dus rechtsbetrekkingen welke – in beginsel – ter vrije bepaling van partijen staan.”

verbiedt verjaringstermijnen ambtshalve toe te passen. Dat zo zijnde, is niet verdedigbaar dat lid 1 wél van openbare orde is. Niet valt immers in te zien dat daarmee een ‘algemener’ belang is gemoeid dan met lid 2.

Gelijksoortige redeneringen kan men ook buiten art. 7:23 BW voeren. De bevoegdheid buitengerechtelijk te ontbinden, vervalt met de verjaring van de rechtsvordering tot ontbinding. Waarom zou de openbare orde met de ondergang van de buitengerechtelijke ontbindingsbevoegdheid eerder gediend zijn dan met de ondergang van de gerechtelijke ontbindingsbevoegdheid? Toe te voegen is dat de handhaving van die openbare orde door ambtshalve toetsing toch al illusoir is, omdat het verval door de wetgever afhankelijk is gesteld van de door de debiteur in te roepen verjaring. Precies hetzelfde geldt voor een andere tweetrap, namelijk die van de gerechtelijke/buitengerechtelijke vernietiging (art. 3:52 leden 1 en 2).

Ook op een andere schaal, vergelijkend niet binnen dezelfde bepaling, maar binnen dezelfde titel, is deze opmerking te maken. In het arbeidsrecht en het vervoerrecht staan de genoemde vervaltermijnen tussen een hele serie verjaringstermijnen. Dat voor vervaltermijnen is gekozen in kwesties die een algemener, meer ‘openbare orde’-belang vertegenwoordigen dan de kwesties waarvoor verjaringstermijnen zijn gekozen, valt niet vol te houden: waarom zou, bijvoorbeeld, de vordering tot schadevergoeding uit hoofde van de reisovereenkomst (vervaltermijn) eerder in het teken van de openbare orde staan dan, bijvoorbeeld, de vordering tot schadevergoeding uit hoofde van de vervoerovereenkomst (verjaringstermijn; art. 8:1711 BW)?

Ik heb mij afgevraagd waardoor de combinatie van vervaltermijnen en openbare orde, en in het vervolg daarop de combinatie van vervaltermijnen en ambtshalve toetsing, voor velen zo vanzelfsprekend lijkt, terwijl ik die vanzelfsprekendheid niet kan zien. Het volgende hierover.

Ten eerste is mijn indruk dat de opvattingen over wat wel en niet van openbare orde is in de loop der tijd wel veranderd zijn, maar zich die verandering nog niet volledig heeft vertaald in het denken over verval. Opnieuw kan art. 7:23 BW ter illustratie dienen. Het toeval wil dat de Hoge Raad-arresten uit de jaren twintig waarnaar in de literatuur ter ondersteuning van de ambtshalve toetsing van vervaltermijn zo vaak verwezen wordt, precies de voorganger van art. 7:23 BW, te weten art. 1547 (oud) BW, tot onderwerp hadden. Het Hof overwoog destijds:

“dat iedere bepaling in het privaatrecht door den wetgever in het openbaar belang neergeschreven reeds daarom zou zijn van openbare orde (...); dat de rechter verplicht is ambtshalve art. 1547 B.W. en den daarin vervatte termijn toe te passen (...)”

De Hoge Raad liet dat oordeel in zijn arrest van 1920 in stand, overwegende dat: “men hier te doen heeft met een voorschrift van processueelen aard, dat gegeven in het belang der openbare orde (...) ambtshalve door den rechter toegepast moet worden.”⁷⁴

Die opvatting lijkt niet meer van deze tijd: ten eerste wordt in de toelichting op het huidige art. 7:23 BW, zoals wij zojuist zagen, door de wetgever van enig openbaar

74 HR 4 juni 1920, *NJ* 1920, p. 704 e.v. In HR 8 maart 1929, *NJ* 1929, p. 1389 werd hetzelfde beslist.

belang niet meer gerept; hij noemt als doel van de bepaling uitsluitend de bescherming van de debiteur. Ten tweede heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 20 januari 2006,⁷⁵ zoals wij ook al zagen, de ambtshalve toetsing van ‘generalis’ art. 6:89 BW van de hand gewezen (zoals bekend: art. 7:23 BW wordt gezien als specialis van art. 6:89 BW – als de rechter art. 6:89 niet ambtshalve moet toetsen, is niet te verdedigen dat hij art. 7:23 BW wél ambtshalve zou moeten toetsen). Ook de Hoge Raad acht het artikel kennelijk niet langer van openbare orde.⁷⁶

Zo zijn de opvattingen omtrent art. 7:23 BW zichtbaar veranderd. Een zo sprekende laboratoriumopstelling – twee arresten uit de twintiger jaren, te contrasteren met recente uitspraken van de wetgever en een arrest van de Hoge Raad – kunnen we bij gebreke van even veelzeggende bronnen met andere vervaltermijnen niet maken, maar ik denk dat de uitkomsten vergelijkbaar zouden zijn.

Om mijn bewering over veranderde opvattingen nader aannemelijk te maken, kan ik nog wel wijzen op de kentering die zich in het denken over verjaring in de afgelopen jaren heeft afgetekend. In het eerste deel van dit boek heb ik bepleit dat de bevrijdende verjaring traditioneel ten onrechte in het teken van het algemeen belang heeft gestaan. Steeds meer wordt, naar mijn mening terecht, aangenomen dat de bevrijdende verjaring er is ten behoeve van de individuele debiteur: het gaat om zijn bewijspositie en om zijn rechtszekerheid. Die ontwikkeling een zekere ‘reflexwerking’ toe te dichten ten aanzien van verval, lijkt niet te gewaagd. Ik geef twee voorbeelden.

Wachter plaatste in 1959 het toenmalige art. 827 K. (de vervaltermijn van de vordering tot schadevergoeding op de vervoerder) onder het kopje “van openbare orde”, omdat “de wetgever blijk gegeven heeft de uitoefening van aanspraken in sommige gevallen ter wille van de rechtszekerheid zo belangrijk te achten (...)”,⁷⁷ dat zij van openbare orde moet worden geacht.

Die gelijkschakeling van de rechtszekerheid en het algemeen belang is inmiddels in het kader van de verjaring gefalsificeerd, en is hier in dezelfde zin onjuist: de rechtszekerheid waar Wachter aan refereert, is gebleken niets anders te zijn dan het belang van de debiteur op enig moment te weten waar hij aan toe is. Geen algemeen, maar een individueel belang dus.⁷⁸

Ten tweede is noemenswaardig hetgeen Pitlo-Hidma in 1980 schreef:

“[Het] wezen van de *déchéance* [de vervaltermijn] brengt (...) in de eerste plaats als onderscheid met de bevrijdende verjaring mede dat hier geen beroep nodig is. De vordering

⁷⁵ NJ 2006, 80.

⁷⁶ Zie ook Jeloscchek (2006), p. 83 e.v., die het artikel geheel in de sleutel van een belangenconflict van koper en verkoper stelt; zie ook Tjittes, *Themis* 2007.

⁷⁷ Wachter, diss. p. 327.

⁷⁸ Opvallend is overigens, dat Wachter, diss. p. 324, zijn inleiding over verval en verjaring in het vervoerrecht begint met de zin: “Teneinde tegemoet te komen aan de eisen van de vervoerder, die er in verband met de aard van zijn bedrijf belang bij heeft spoedig na de voltooiing van een transport te weten, of hij nog aangesproken zal worden ter zake van eventuele schade, heeft de wetgever te zijnen behoeve korte verval- en verjaringstermijnen in het leven geroepen.” Hier identificeert Wachter heel duidelijk het belang van de debiteur, hetgeen het primaat van ‘de openbare orde’ twee pagina’s later des te meer doet bevreemden.

vervalt van rechtswege door het enkel verstrijken van de tijd; de rechter past de *déchéance* ambtshalve toe (H.R. 4 juni 1920, N.J.1920, 704; 8 maart 1929, N.J. 1929, 1387).(...)

Denkend aan de publieke inslag die het instituut der verjaring heeft, vragen wij ons af: heeft ook de vervaltermijn deze publieke inslag? De vraag dient bevestigend te worden beantwoord; hier is de publiekrechtelijke inslag zelfs sterker dan bij de verjaring. Immers, hebben bij de verjaring partijen het in hun macht door stuiting hun rechtsverhouding tot in het oneindige nieuw leven in te blazen, hier staan zij machteloos: geen rechtsmiddel is hun gegeven om het gevolg van het verstrijken van de termijn tegen te houden.”⁷⁹

Het publieke belang van de verjaring geldt in het citaat als opstap voor het publieke belang van het verval. Die publieke inslag van de verjaring is tegenwoordig als gezegd ernstig gerelativeerd.⁸⁰

In het voorgaande heb ik geconstateerd dat auteurs die gemotiveerd de ambtshalve toepassing van vervaltermijnen bepleiten, lijken te veronderstellen dat vervaltermijnen in de regel van openbare orde zijn. Daarom werd de vraag gesteld of dat inderdaad zo is. Mijn antwoord luidt ontkennend.

28.2.2.5 *Eigen opvatting: slechts ambtshalve toepassing van termijnen van openbare orde*

Niet alle vervaltermijnen zijn van openbare orde. Waarom komen wat mij betreft vervaltermijnen die niet van openbare orde zijn, niet voor ambtshalve toepassing in aanmerking?

Vooraf verdient opmerking dat soms die ambtshalve toepassing wél kan plaatsvinden in het kader van de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden op de voet van art. 25 Rv. Daarvoor zie ik echter alleen plaats als degene tegen wie de bevoegdheid wordt ingeroepen, zich er in rechte wel over heeft beklagd dat dit te laat is geschied, maar hij zich beroept op de verkeerde vervaltermijn of zelfs een beroep op enige termijn achterwege laat. De rechter moet dan ambtshalve de juiste termijn toepassen – veronderstellende uiteraard dat de klager de daartoe benodigde feiten heeft gesteld en eventueel bewezen. Maar wanneer degene tegen wie de bevoegdheid wordt ingeroepen zich in rechte niet over het te late uitoefenen van die bevoegdheid heeft beklagd, en over dat late ageren dus geen partijdebat heeft plaatsgevonden, treedt de rechter buiten de grenzen van de rechtsstrijd als hij dat late inroepen op eigen initiatief onder

⁷⁹ Pitlo-Hidma IV, p. 254.

⁸⁰ Overigens: om vervolgens de publieke inslag van verval op een nog hoger niveau dan dat van de verjaring te brengen, wordt in het citaat een argument ontleend aan het systeem zelf: het systeem maakt het partijen onmogelijk iets tegen het verval te ondernemen, dus is bij verval de publieke inslag sterker. Als met dat argument beoogd is te bewijzen dat met vervaltermijnen meer dan met verjaringstermijnen het publieke *belang* wordt gediend – wat met het woord publieke *inslag* wordt bedoeld weet ik niet zeker –, is sprake van een cirkelredenering: verval verbiedt partijen iets, maar of dat verbod het publieke belang dient, is nu juist de vraag.

Voorts, voor wie in het citaat de regel zou lezen dat partijen de stuiting gezamenlijk verrichten: dat is onjuist. De crediteur doet dat zonodig tegen de wil van de debiteur en dat hij dat tot in het oneindige zou kunnen doen is niet correct, gegeven de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (goeder trouw toen nog).

aanwending van een vervaltermijn sanctioneert. Er is in dat geval sprake van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing.

Laat ik in mijn argumentatie opnieuw de art. 6:89 en 7:23 BW tot uitgangspunt nemen. Wij zagen eerder dat de Hoge Raad daarover overeenkomstig het bovenstaande oordeelde: nu door de leverancier op het niet binnen bekwame tijd ageren geen beroep heeft gedaan, is de rechter buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden door de vervaltermijn wél toe te passen. Waarom spreekt deze beslissing aan?

Het al dan niet te laat ageren is een kwestie waarover partijen moeten debatteren alvorens de rechter kan oordelen. In het kader van de art. 6:89 en 7:23 BW is dat eigenlijk vanzelfsprekend. Het betreft geen vaste wettelijke termijn, maar een termijn die met inachtneming van alle omstandigheden van het geval moet worden vastgesteld. Partijen moeten die omstandigheden niet alleen aanvoeren, zij moeten ook kunnen aangeven welke betekenis die omstandigheden naar hun oordeel hebben. Zonder sturing door partijen kan de rechter op dit punt erg weinig. Denk bij wijze van contrast aan de beroepstermijnen in het procesrecht; het vonnis is van datum X, dus moet op datum Y hoger beroep zijn ingesteld; de opvatting van partijen vermag hier niets.

Nu kan men tegenwerpen dat ik geen representatieve vervaltermijn heb gekozen door geen vaste termijn tot voorbeeld te stellen, maar de onbepaalde, “bekwame tijd” van art. 6:89 BW. Vanuit logisch oogpunt valt te repliceren dat ik voor het ontkrachten van een stelling als de onderhavige ook geen representatieve termijn hóef te kiezen; de doctrine leert niet met zoveel woorden dat vervaltermijnen per definitie ambtshalve moeten worden toegepast, maar het lijkt er wel op neer te komen doordat na het enkele “de rechter moet de vervaltermijn ambtshalve toepassen” zelden of nooit enige nuancering of mogelijkheid van een uitzondering volgt. Vanwege die categorische toon loopt de ballon door één enkel tegenvoorbeeld leeg.

Belangrijker is evenwel het inhoudelijke weerwoord dat mijn voorbeeld helemaal niet zo uitzonderlijk is, niet zozeer omdat ook elders ‘open’ vervaltermijnen voorkomen – dat is overigens wel zo, denk bijvoorbeeld aan de art. 7:23 en 6:140 BW –, maar vooral omdat ook als de lengte van de termijn vast staat, over andere aspecten van die termijn valt te debatteren. Met name valt in dat verband het aanvangsmoment van de termijn te noemen. Ik hoef ter onderbouwing van die stelling slechts te verwijzen naar de uitgebreide jurisprudentie over het aanvangsmoment in het kader van de verjaring. Illustratief is bovendien wat Pitlo schreef:

“Wat de aanvang van de fatale termijn betreft, wil ik hier van dezelfde overweging uitgaan die mijn antwoord heeft bepaald op de vraag van welk ogenblik af de bevrijdende verjaring begint te lopen. Ook daar geldt het: men kan geen rechten verspelen die men niet kán handhaven. Ik gevoel er daarom voor op de vervaltermijn toe te passen wat wij gevonden hebben bij de bevrijdende verjaring: de termijn begint pas te lopen van het ogenblik af dat de schuldeiser in de gelegenheid verkeert zijn vordering in te stellen.”⁸¹

81 Pitlo-Hidma IV, p. 255.

Men kan het met Pitlo oneens zijn, omdat hij, veelal in weerwil van de tekst van de wet, in feite het aanvangsmoment van alle vervaltermijnen subjectieveert; dat is geen geringe stap (die stap verhoudt zich overigens ook wat stroef tot het algemene belang dat hij vervaltermijnen toedicht). Hoe dan ook, duidelijk is wel dat rechtsverlies krachtens een vervaltermijn onbillijk kan schijnen, zozeer zelfs dat de vraag rijst of die vervaltermijn wel ongecorrigeerd door redelijkheid en billijkheid toepassing kan vinden. Tenminste zou daarom wat mij betreft de crediteur de reden van zijn stilzitten ter beoordeling aan de rechter moeten kunnen voorleggen. Dat kan niet als de rechter de vervaltermijn zonder door het partijdebat te zijn voorgelicht uit zijn hoge hoed tovert.

Tot slot zou ik aandacht willen vragen voor art. 3:322 lid 1 BW. Dat bepaalt: “De rechter mag niet ambtshalve het middel van verjaring toepassen”. Als wij opnieuw aannemen dat (in veel gevallen) vervaltermijnen dezelfde functie hebben als verjaringstermijnen, waarom zouden dan op het punt van de ambtshalve toetsing diametraal tegenover elkaar staande regels moeten gelden? In de ratio van het betrokken type termijn kan de reden daarvoor in geen geval gelegen zijn.

Niettegenstaande het voorgaande *kán* overigens, zoals ik al schreef in de eerste alinea van deze paragraaf, het partijdebat wel van dien aard zijn geweest dat ambtshalve toepassing van een vervaltermijn aangewezen is. Stel, bijvoorbeeld, dat de leverancier die aanneemt dat sprake is van een koopovereenkomst, zich op het standpunt heeft gesteld dat de afnemer de klachttermijn van art. 7:23 BW heeft overschreden. Over en weer worden over de genomen periode argumenten uitgewisseld. Vervolgens blijkt dat de voorliggende rechtsverhouding geen koopovereenkomst is, zodat art. 7:23 BW niet van toepassing blijkt te zijn. Mij lijkt niets eraan in de weg te staan dat dan de rechter, partijen gehoord hebbend over art. 7:23 BW, ambtshalve het algemene 6:89 BW toepast. In feite is dan sprake van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in de zin van art. 25 Rv.

Opmerking verdient voorts dat het verbod aan de rechter zonder partijdebat een ‘vervaltermijn niet van openbare orde’ toe te passen, er uiteraard niet aan in de weg staat dat hij partijen, bijvoorbeeld ter comparitie, op het spoor van dat debat zet.

In het voorgaande heb ik strikt inhoudelijke argumenten aangevoerd tegen de regel dat vervaltermijnen ambtshalve moeten worden getoetst. Die benadering lokt wellicht de volgende tegenwerping uit: wat ook zij van de wenselijkheid van ambtshalve toetsing, waar de vervaltermijn is verstreken is nu eenmaal het recht weg. De rechter kan onmogelijk een niet bestaand recht honoreren; ambtshalve toetsing is dogmatisch gezien noodzakelijk. Daarover het volgende.

28.2.2.6 *Is ambtshalve toetsing dogmatisch noodzakelijk?*

Als het recht vervallen is, bestaat het niet meer. De rechter moet dus een beroep op dat recht wel afwijzen, want als hij het honoreert, dan doet hij iets wat niet *kán*. Twee argumenten tegen die stelling.

Het meest resolute vloeit voort uit de vorige paragraaf. Nu het toepassen van vervaltermijnen die bestaan in het belang van de debiteur binnen het door de redelijkheid en billijkheid beheerste verbintenissenrecht geen mechanische bezigheid is, *kán*

de rechter over het al dan niet vervallen zijn van het recht geen uitspraak doen zolang partijen hem op dat punt niet hebben voorgelicht. Het mag, met andere woorden, zo zijn dat aan een recht dat vervallen is geen gevolg meer kan worden gegeven, bij gebreke van partijdebat blijft per definitie onzeker óf het recht vervallen is. De feitelijke wereld kan vervolgens uitstekend met deze toestand leven; denk aan de rechters wier gewoonte het is te bezien of een der partijen zich op een vervaltermijn beroept.

Ik heb mij afgevraagd of men het probleem op oneigenlijke wijze ontloopt door het aldus weg te definiëren. Het lijkt mij niet, maar toch is interessant of er een ‘dogmatisch gebod’ tot ambtshalve toetsing bestaat, veronderstellende dat de rechter wél buiten partijen om zou kunnen vaststellen of enige vervaltermijn niet van openbare orde van toepassing is.

Ik verwees eerder bij wijze van introductie tot mijn opvatting naar art. 3:40 lid 2 BW, waar is bepaald dat als een wetbepaling uitsluitend strekt tot bescherming van één der partijen, slechts sprake is van vernietigbaarheid. Mijns inziens zouden wij ons die bepaling in het kader van verval niet alleen inhoudelijk, maar ook dogmatisch tot voorbeeld kunnen stellen. De wetgever heeft afgezien van specifieke regels over de werking van verval, om ruimte te geven aan de specifieke eigenschappen van de voorliggende vervaltermijn. Het lijkt gegeven die vrijheid aanvaardbaar ‘vervaltermijnen niet van openbare orde’ pas verval van recht tot gevolg te doen hebben als dat verval door de belanghebbende wordt ingeroepen.

28.2.2.7 Conclusie

De rechter moet vervaltermijnen die niet van openbare orde zijn, anders dan de *communis opinio* leert, niet ambtshalve toepassen. Tot ambtshalve toepassing kan aanleiding bestaan als de termijn van rechtsuitoefening onderwerp van het partijdebat is geweest, in die zin bijvoorbeeld dat over de genomen termijn wel argumenten zijn gewisseld, maar de debiteur zich op de verkeerde vervaltermijn heeft beroepen.

28.2.3 Afstand van verval

28.2.3.1 Inleiding

Het is bij gedachtevorming over afstand van verval van belang te onderscheiden tussen afstand ‘bij voorbaat’, dus voor ommekomst van de vervaltermijn, en afstand na ommekomst van de vervaltermijn.

De gangbare opvatting is, dat afstand van verval noch voor, noch na ommekomst van de vervaltermijn mogelijk is. Ik zal hierna verdedigen dat dit voor ‘vervaltermijnen niet van openbare orde’ anders is: wat betreft afstand van verval na ommekomst van de termijn zal ik bepleiten dat dit steeds mogelijk is en wat betreft afstand van verval vóór ommekomst van de termijn zal ik bepleiten dat dit bij aanvang van de rechtsverhouding ‘onder bepaalde omstandigheden’, en naarmate de termijn gevorderd raakt ‘in de regel’ mogelijk zou moeten zijn.

28.2.3.2 *Afstand na ommekomst van de vervaltermijn*

Algemeen wordt aangenomen dat “afstand van verval” na ommekomst van de termijn niet mogelijk is. Waar het vervaltermijnen van openbare orde betreft, lijkt mij die opvatting juist; doordat met de termijn een breder belang dan enkel dat van partijen gemoeid is, kan het gevolg van ommekomst van die termijn niet louter ter discretie van partijen staan. In de vorige paragraaf bleek evenwel dat lang niet alle vervaltermijnen van openbare orde zijn. Wat die termijnen niet van openbare orde betreft, lijkt mij het ‘verbod op afstand’ grond te ontberen. Laten wij om te beginnen trachten ons in praktische zin een voorstelling te maken van het voorgestane verbod.

Bijvoorbeeld: de koper overschrijdt de redelijke termijn van art. 7:23 lid 1 BW. Hij wendt zich, laat ons zeggen, 6 maanden na ontdekking van het gebrek tot de verkoper. De verkoper ziet wel in dat het geleverde inderdaad onder de maat was en acht zich door het late ageren niet benadeeld. Hij wil daarom het gebrek alsnog herstellen, mede uit, zeg, commerciële overwegingen (belang van goede reputatie). Het verbod op afstand van verval lijkt nu mee te brengen dan dat het hem niet vrij staat het gebrek te verhelpen; het recht van de koper om te ageren is immers vervallen, dus kan de verkoper aan de ‘vordering’ van de koper geen gevolg meer verbinden. Moeten wij tegen de wil van de debiteur zijn prestatie ter opheffing van het gebrek als onverschuldigd kwalificeren? Dat lijkt nauwelijks verdedigbaar.

Ik zie geen beletsel het voorgaande te veralgemeniseren: waar met de vervaltermijn geen ‘hoger’ belang dan dat van partijen gemoeid is, bestaat voor de beperking van de partijautonomie die het verbod op afstand van verval met zich meebrengt, geen grond. Als degene die de vervaltermijn na zijn ommekomst zou kunnen inroepen dat om hem moverende redenen niet wil, behoort hem dat vrij te staan.

Wellicht spreekt opnieuw de vergelijking met verjaring aan: na ommekomst van de verjaringstermijn is het mogelijk afstand van verjaring te doen; als een rechtsvordering verjaart, resteert een natuurlijke verbintenis; de nakoming is niet onverschuldigd. Ik kan niet goed inzien waarom, in die gevallen waarin vervaltermijnen dezelfde functie als verjaringstermijnen vervullen, tegengestelde regels moeten gelden.

Een argumentatie waarom hier, buiten het domein van de openbare orde, de partijautonomie beperkt zou moeten worden, is voor zover ik weet in de Nederlandse doctrine niet uitgewerkt. Dat doet vermoeden dat net als bij de kwestie van ambtshalve toetsing, men eenvoudig aanneemt dat vervaltermijnen steeds van openbare orde zijn.⁸² Illustratief is wellicht dat in de Asser van 1956 te lezen stond:

“Wetsbepalingen, waardoor rechten vervallen verklaard indien zij niet binnen een bepaalde termijn worden uitgeoefend, zijn van openbare orde. Door een overeenkomst kan aan de dwingende kracht van deze bepalingen haar kracht niet worden ontnomen.”⁸³

82 Zie bijvoorbeeld Tollenaar *NTBR* 2005, p. 442, die graag zou zien dat het partijen wel is toegestaan de vervaltermijnen van 6:89 en 7:23 BW ‘weg te contracteren’, maar in het “openbare-orde karakter van een vervaltermijn” een beletsel ziet; óf inderdaad de betreffende termijn van openbare orde is vraagt Tollenaar zich, in overeenstemming met de heersende opvatting overigens, niet af.

83 Asser/Losecaat Vermeer & Rutten (1956), p. 521.

Tegenwoordig leert de Asser slechts:

“Wetsbepalingen waardoor rechten worden vervallen verklaard indien zij niet binnen een bepaalde tijd worden uitgeoefend, zijn van dwingend recht.”⁸⁴

In de tekst uit 1956 is onjuist de veronderstelling dat vervaltermijnen in het algemeen van openbare orde zijn. In de huidige tekst is die veronderstelling terecht verdwenen. Maar daarmee ook de grond voor het oordeel dat vervaltermijnen van dwingend recht zijn.

Opnieuw kan overigens naast deze ‘openbare orde presumptie’ voor het verbod op afstand de dogmatiek (mede) redengevend zijn geweest: door verval is het recht van de crediteur eenvoudig verdwenen; een recht dat niet meer bestaat, kan niet meer ter beschikking van partijen staan.

Drie tegenwerpingen. Ten eerste: over de vraag of de vervaltermijn al dan niet verstreken is, alsmede over de vraag of een beroep op de vervaltermijn al dan niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid is, kan, anders dan bijvoorbeeld geldt voor procestermijnen, zeer wel debat mogelijk zijn – ik schreef dat in de vorige paragraaf al. De partij die afstand van verval wil doen, zal zich niet beijveren om het verstrijken van de termijn te bepleiten, of om de onredelijkheid van het inroepen van de termijn te betwisten. Als, met andere woorden, partijen het op dit punt zeggen eens te zijn; als, bijvoorbeeld, in confesso is dat een beroep op de vervaltermijn in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, wie gaat dan nog het verval van recht declameren? Ten tweede: ik schreef hiervoor al dat in geval van vervaltermijnen niet van openbare orde de regel van art. 3:40 lid 2 BW analoog van toepassing zou moeten zijn, in dier voege dat het recht slechts dan vervalt als de debiteur zich op de termijn beroept. Aanvaardt men die regel, dan is het evengeschetste dogmatische probleem van de baan; de ‘afstand van verval’ vertaalt zich dan in het niet inroepen van de vervaltermijnen, met als gevolg dat het betreffende recht niet vervalt. Ten derde: als men toch, anders dan ik zou prefereren, tot uitgangspunt zou willen nemen dat het recht vervalt hoewel de debiteur de termijn niet inroept, zou men de afstand door de debiteur kunnen beschouwen als een overeenkomst die partijen verplicht te handelen als was van verval geen sprake.

Intussen geef ik snel toe dat de voorgaande alinea een doelredenering is, in die zin dat ik argumenten heb gezocht om een ‘dogmatische blokkade’ voor afstand van verval te verwerpen. Mij lijkt dat, zolang de argumenten op zichzelf geldig zijn, geen diskwalificatie; de jurist moet zich door het systeem niet laten knechten, maar het naar de rechtvaardige oplossing buigen.

Concluderend: als de vervaltermijn niet van openbare orde is, bestaat er geen goede reden de debiteur ‘afstand van verval’ na ommekomst van de termijn onmogelijk te maken.

84 Asser/Hartkamp 4-I, nr. 689.

28.2.3.3 Afstand voor ommekomst van de vervaltermijn

Maar nu: kunnen partijen vóór ommekomst van de termijn afstand doen van verval? Er is veel voor te zeggen die mogelijkheid wél te aanvaarden. Als illustratie kan een publicatie van Tollenaar dienen over de vervaltermijn van de art. 6:89 en 7:23 BW bij aandelenkoop. Tollenaar schrijft:

“In sommige Engelstalige contracten komt men wel de formulering tegen dat de ‘purchaser’ een schending van de garanties zo spoedig mogelijk moet melden ‘if the purchaser considers it will or may make a claim’ (zie bijvoorbeeld het (...) arrest VFR/P&O). De koper die bekend is met bepaalde klachten kan aldus melding daarvan in principe uitstellen tot een willekeurig moment dat hij verkiest. Het is de vraag of een dergelijke formulering naar Nederlands recht wel is toegelaten. Aangenomen dat partijen de wettelijke termijnen niet mogen verlengen, mag de meldingstermijn niet later aanvangen dan het moment van daadwerkelijke ontdekking.”⁸⁵

In lijn met de geldende leer betwijfelt Tollenaar inderdaad de houdbaarheid van de door hem genoemde contractsbepaling. Omdat hij vindt dat het partijen wél vrij moet staan een andere termijn te kiezen, schetst hij onder het kopje “Mitigeren van implicaties van art. 6:89 en 7:23 BW” drie mogelijkheden om de contractsbepaling tóch te doen gelden.

Mijn inschatting is dat bijna niemand op grond van materiële argumenten (dus andere argumenten dan ontleend aan de Nederlandse consensus over het dwingende karakter van vervaltermijnen) tegenover Tollenaar zal willen verdedigen dat het hier, zeg, de Amerikaanse investeerder onmogelijk gemaakt zou moeten worden met zijn wederpartij een langere termijn dan de wettelijke af te spreken. In de doctrine wordt een dergelijke beperking niet aanvaard⁸⁶ en ik kan zelf ook geen serieus te nemen argument bedenken om haar te verdedigen.

Als het partijen in deze casus toegestaan zou moeten zijn, waarom zou het partijen dan niet *in de regel* toegestaan zijn de wettelijke vervaltermijnen weg te contracteren? De geldende leer zegt, nogmaals, dat vervaltermijnen van dwingend recht zijn. Maar waarom zou dat zo zijn? Het argument van de verbiedende doctrine lijkt ook hier, net als bij de ambtshalve toepassing van vervaltermijnen, gebaseerd te zijn op het openbare orde karakter van vervaltermijnen. De onjuistheid van dat uitgangspunt is hiervoor bepleit. Is niet verdedigbaar de stelling dat vervaltermijnen niet van openbare orde door partijen opzij gezet kunnen worden?

In ieder geval is die stelling niet houdbaar voor zover het regels betreft in de sfeer van bescherming van economisch en/of sociaal zwakkere partijen. Dat van vervaltermijnen ten behoeve van bijvoorbeeld de werknemer, de huurder, de patiënt of de consument niet kan worden afgeweken, is zonder meer duidelijk. Wij weten in die gevallen het dwingende karakter van de regel ondersteund door een inhoudelijke overweging. Maar buiten dat bijzondere terrein?

⁸⁵ Tollenaar, *NTBR* 2005, p. 439-440.

⁸⁶ Tjittes, *Themis* 2007, p. 18; Van Uchelen, *OR* 2003, p. 17; Mulder, De Vos *V&O* 2003, p. 47-49.

In het voorgaande – bij ambtshalve toetsing en afstand van vervaltermijnen – heb ik steeds de vergelijking gezocht met de bevrijdende verjaring: in die gevallen waarin tussen verval- en verjaringstermijnen wat hun ratio betreft geen verschil bestaat, ligt het minder voor de hand uiteenlopende regels te aanvaarden. Die vergelijking nu, levert voor de onderhavige vraag een opvallende gegeven op: art. 3:322 lid 3 BW verbiedt het partijen expliciet afstand te doen van verjaring voordat de verjaring voltooid is. Die constatering lijkt in het voordeel te wegen van de dwingendrechtelijke status van vervaltermijnen.

Bedacht moet echter worden dat de verjaringsrechtelijke oplossing in de voorgaande situaties steeds aansprak: het is de rechter terecht verboden de verjaring ambtshalve toe te passen, daarom verdient die regel navolging bij verval; het is de debiteur terecht toegestaan afstand te doen van een verstreken verjaringstermijn, daarom verdient die regel navolging bij verval. Als daarentegen de verjaringsrechtelijke regel die tot voorbeeld moet dienen minder gelukkig lijkt, valt de analogie in het water. Laten wij de betreffende regel bezien.

Hoe is het verbod op ‘afstand van verjaring’ te rechtvaardigen? Ik noem drie gronden. Ten eerste komt onze kernverjaringsregel erop neer dat de crediteur binnen vijf jaar nadat dit van hem redelijkerwijze verwacht mocht worden, tot juridisch actie komt. Moeilijk voorstelbaar is dat partijen van tevoren een duidelijke noodzaak zien om de crediteur meer tijd te gunnen – denk ook aan de uitgebreide stuitingsmogelijkheden. Als er voor een bepaalde partijafpraak geen redelijke grond te bedenken is, is een wettelijk verbod op die afspraak nu eenmaal minder bezwarend. Ten tweede, en dat is misschien wel het belangrijkste, is er het Baron von Münchenhausen-probleem dat na substantieel tijdsverloop óók bewijs ten aanzien van afspraken over afstand van verjaring ondersneeuwt. Ten derde is ook in de landen om ons heen afstand van verjaring bij voorbaat niet mogelijk.⁸⁷⁸⁸

87 Asser/Hartkamp 4-I, nr. 661 geeft de volgende rechtvaardiging: “Deze regel [verbod op afstand van verjaring – JLS] heeft goede zin. Het instituut der verjaring dankt zijn ontstaan aan de wens, de debiteur te beschermen en de belangen der gemeenschap te bevorderen (...). Wanneer afstand zou kunnen worden gedaan van de verjaring vóór afloop van de verjaringstermijn, zou ongetwijfeld in de meeste contracten de geijkte clause worden opgenomen, dat de debiteur – de wederpartij van de gebruiker der algemene voorwaarden – afstand doet van de verjaring. Daardoor zou het doel van de wet worden verijdeld.”

Mijn bedenking bij deze redenering is de rol die aan “de belangen der gemeenschap” wordt toegekend. Eerder in boek bepleitte ik dat met name de kortere vijfjaarstermijnen er niet zijn in het belang van de gemeenschap, maar bijna uitsluitend in het belang van de debiteur. Die afwaardering van het algemene belang verzwakt de rechtvaardiging voor onttrekking aan de partijautonomie. Voorts vind ik het zelf lastig zo stellig de empirische verwachting uit te spreken dat “ongetwijfeld in de meeste contracten de geijkte clause [zou] worden opgenomen”. Ook Schoordijk koesterde haar (zie verderop in de hoofdttekst).

88 Overigens zou men het debat over de mogelijkheid van afstand van verjaring voor ommekomst van de termijn heel goed verder kunnen voeren. Ik heb dat in dit proefschrift niet gedaan, maar gegeven het feit dat de verjaring er is ten behoeve van de debiteur, ligt voor de hand het argument dat als hij van die verjaring afstand wil doen, hem dat vrij moet staan. Zie bijvoorbeeld Piekenbrock (2006), p. 502: “Da die Verjährung ausschließlích im Interesse des Verpflichteten angeordnet wird, bestehen keine Bedenken gegen privatautonome Regelungen, mit denen die Verjährung erleichtert, erschwert

Zo lijkt het aanknopen bij de verjaring toch aan te spreken: afstand van verjaring bij voorbaat is op goede gronden niet toegestaan, dus moet ook afstand van verval bij voorbaat niet zijn toegestaan. Maar nu het volgende: vervaltermijnen zijn over het algemeen korter dan verjaringstermijnen en zijn bovendien, volgens de heersende leer, niet te stuiten. Dát maakt de afweging anders, in die zin dat de debiteur nu wél een wezenlijk belang bij afstand van verval kan hebben; de bijl valt eerder en bovendien onafwendbaar. Omdat vervaltermijnen over het algemeen kort zijn, is ook het bewijs van de afstand minder problematisch. Vormt dat alles een voldoende *distinction* om over afstand van verval anders te oordelen dan over afstand van verjaring?

Mij lijkt de kern van het probleem te bestaan in het volgende dilemma. Enerzijds is wellicht terecht de vrees dat partijen bij het ontstaan van hun rechtsverhouding de problemen van serieus tijdsverloop onvoldoende overzien en daardoor te gemakkelijk een wettelijk bepaling die dat regelt, buiten werking stellen. Misschien wordt dan de afstand van verval, zoals Schoordijk ten aanzien van afstand van verjaring vreesde, een 'clause de style'.⁸⁹ Tegenover die empirische kwestie, waarin ik zelf overigens niet direct stelling zou durven nemen, blijft staan de normatieve opvatting dat er vele gevallen denkbaar zijn waarin er voor de inbreuk op de partijautonomie die een verbod op afstand impliceert, geen rechtvaardiging bestaat.

Wellicht is dit het soort kwestie waarin van geval tot geval beslist moet worden. Ik zou geneigd zijn aan de volgende factoren belang toe te kennen:

1. *Heeft tijdsverloop een debat over het bestaan van het beding bemoeilijkt?* Als dat wél zo is, moet naar ik zou menen een beroep op het beding vrij snel falen. Anders valt te vrezen dat de debiteur zich met een gefingeerd beding aan zijn eigen haren uit het moeras omhoog trekt.
2. *Wat is de lengte van de termijn?* Naarmate de vervaltermijn korter is, is afstand eerder toegestaan, omdat dan het belang bij afstand wezenlijker is en het bestaan van het beding beter verifieerbaar.
3. *Wat is de hoedanigheid van de debiteur?* Naarmate de debiteur een grotere professionaliteit bezit, is afstand eerder toegestaan.
4. *Hebben partijen een alternatieve regel afgesproken?* Als partijen een eigen, alternatieve, contractuele verval-/verjaringstermijn hebben opgenomen, is afstand eerder toegestaan – juist omdat, bijvoorbeeld, bij de besproken aandelenkoop partijen een eigen regeling hadden, was het zo onbevredigend aan hen de wettelijke termijn op te dringen.
5. *Hoe is de 'kwaliteit van de wilsvorming'?* Naarmate het beding tussen partijen nadrukkelijker aan de orde is geweest, is afstand eerder toegestaan. Het paradigmatische geval van beperkte kwaliteit van wilsvorming is het beding in algemene voorwaarden dat voorziet in afstand ten faveure van de gebruiker; dat beding sneuvelt naar ik meen bijna per definitie.
6. *Is sprake van afstand bij het ontstaan van de rechtsverhouding of na ommekomst van zekere tijd?* Als het niet in de macht van partijen zou liggen om wettelijke verval-

oder ausgeschlossen wird."

⁸⁹ Schoordijk (1986), p. 441.

termijnen te ecarteren en men bovendien niet zou willen aannemen dat onderhandelingen het verval ‘stuiten’ – daarover straks meer –, dan kan het zich voordoen dat de crediteur tot behoud van zijn vordering gedwongen is te gaan procederen terwijl hij noch zijn wederpartij dat opportuun vindt. Dat is onwenselijk. In die situatie lijkt mij, anders dan waar de afstand in onwetendheid van enig toekomstig geschil bij voorbaat is gedaan, afstand van verval haast zonder twijfel mogelijk; natuurlijk moet het partijen vrij staan te blijven praten in plaats van te gaan procederen.⁹⁰

28.2.3.4 Conclusie

Waar het gaat om vervaltermijnen niet van openbare orde, is er geen goede reden afstand van verval ná ommeekomst van de termijn af te wijzen. Als men getracht heeft afstand van vervaltermijn te doen voor ommeekomst van de termijn, is onder omstandigheden een beroep op de wettelijke vervaltermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

28.2.4 ‘Stuiten’ van verval

28.2.4.1 Inleiding

Bij gebreke van een op vervaltermijnen toegespitste regeling, is uit de wet niet kenbaar of verval kan worden ‘gestuit’. Opnieuw is de doctrine ongedifferentieerd en stelt: vervaltermijnen kunnen niet worden gestuit.^{91,92}

Nu is zo op het eerste gezicht het ontbreken van een wettelijke regeling in deze kwestie van een andere betekenis dan in het kader van de ‘ambtshalve toetsing’ en ‘afstand van vervaltermijnen’, omdat in die laatste gevallen het zwijgen van de wetgever kon worden opgevat als, laat ik zeggen, een door de rechtsontwikkeling in te vullen leemte. Er zijn de algemene concepten ambtshalve toetsing en dwingend recht, en wij moeten kijken of, en zo ja op welke vervaltermijnen die van toepassing zijn. Met stuiting is het anders, in die zin dat stuiting geen algemeen concept is, maar een specifiek ten behoeve van de verjaring in het leven geroepen instituut. Daarom bestaat er bij eerste beschouwing geen reden dat instituut buiten de verjaring toe te

90 Zie in dit verband bijvoorbeeld wat A-G Huydecoper schrijft voor HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 551, noot 17: “In de conclusie voor HR 21 juni 2002, *NJ* 2002, 540, alinea 11 (voetnoot 10) heb ik al mijn aarzeling uitgesproken over de wenselijkheid van regelingen die de betrokkenen ertoe aanzetten, op korte termijn rechtsmaatregelen te nemen. Het nemen van rechtsmaatregelen is een stap die velen, en volgens mij met recht, als belastend ervaren; die stap draagt bijna altijd bij tot (verdere) escalatie van het conflict dat klaarblijkelijk al tussen de partijen bestaat. Er is daarom (ook) veel te zeggen voor regels die partijen de ruimte laten om dergelijke stappen te temporiseren of helemaal achterwege te laten.”

91 De enige uitzondering lijkt Van Wassenae van Catwijck, *VR* 1986, p. 215: “Er is echter m.i. geen zinnige reden de stuiting van vervaltermijnen anders te behandelen dan die van verjaringstermijnen (...).”

92 Die opvatting leeft niet slechts onder studeerkamergeleerden; dat iedere civilist de pointe van de oudere juristengrap “het verval valt niet te stuiten” begrijpt, geeft wel aan hoezeer een pleidooi dat verval wél valt te stuiten, tegen de haren van de algemene rechtsopvatting instrijkt.

passen; stuiting is een onderdeel van het verjaringsregime, en is eenvoudig niet gemaakt voor vervaltermijnen.⁹³

De tegenwerping ligt voor de hand: het mag zo zijn dat stuiting een verjaringsrechtelijk instituut is, de ratio van de stuiting kan wellicht ook in het kader van vervaltermijnen opgeld doen.

Dat analogische redeneren is wellicht verdedigbaar als het gaat om vervaltermijnen die zien op *vorderingsrechten*, omdat vorderingsrechten in de regel door de verjaring worden beheerst (via de verjaring van hun rechtsvordering) en de aard van het betrokken recht zich niet tegen analogische toepassing van de verjaringsrechtelijke stuitingsregel verzet, integendeel. Maar zoals eerder werd opgemerkt zien vervaltermijnen over het algemeen op *bevoegdheden en obliegenheden*; op kwesties dus die geheel in de macht van de crediteur liggen. Daar lijkt het werkelijk analogische redeneren direct spaak te lopen: het ging er bij de stuiting om dat de debiteur weet dat het de crediteur met zijn recht nog ernst is. Die benadering past niet waar de crediteur het in zijn macht heeft zijn recht zonder medewerking van de debiteur te verwezenlijken. Immers, als het hem met zijn recht nog ernst is hoeft hij dat de debiteur niet te vertellen, maar oefent hij zijn bevoegdheid gewoon uit.

Desondanks zal ik hierna de vraag naar ‘analogische toepassing’ van de verjaringsrechtelijke stuitingsregeling zowel stellen ten aanzien van vervaltermijnen die op een vorderingsrecht zien als ten aanzien van vervaltermijnen die op een bevoegdheid zien. Dat ik ondanks het in de vorige alinea geschrevene toch ook in ga op analogische toepassing bij bevoegdheden, houdt hiermee verband dat daar, zo hoop ik aannemelijk te maken, soms toch ook de ratio van de verjaringsrechtelijke stuiting opgeld kan doen.

Het leek mij het meest overzichtelijk achtereenvolgens de analogische toepassing van alle stuitingswijzen behandelen, te weten art. 3:316 BW (daad van rechtsvervolgging), art. 317 BW (schriftelijke mededeling) en art. 3:318 BW (erkenning)) ook zal ik een aparte paragraaf wijden aan de onderhandelingen.

Alvorens daartoe over te gaan nog aandacht voor de algemene afwijzing van de mogelijkheid van stuiting in de doctrine. Ik kan hierover kort zijn, omdat het in feite gaat om een herhaling van zetten. Opnieuw lijkt centrale betekenis toe te komen aan de veronderstelling dat alle vervaltermijnen de openbare orde dienen. Bijvoorbeeld Van Brakel schrijft – gezocht is naar de uitvoerigste motivering:

“Daartegenover [tegenover de verjaring – JLS] zijn er ook gevallen, waarin het belang der rechtszekerheid, naar de mening van den wetgever, zozeer overheerst, dat daarbij van alle subjectieve elementen wordt afgezien. Schorsing noch stuiting zijn daarbij mogelijk. (...) [Men blijve – JLS] steeds indachtig, dat de vervaltermijn berust op het, al dan niet betwistbare, inzicht van den wetgever, dat in dat bepaalde geval de uitwendige rechtszekerheid van partijen uitging boven de partijbelangen.”⁹⁴

93 Ten aanzien van stuiting is dus wél begrijpelijk de volgende zin uit de parlementaire geschiedenis “Wat de regels van vervaltermijnen betreft, deze vloeien in hoofdzaak hieruit voort dat de verjaringsregels niet van toepassing zijn, zodat geen stuiting, verlenging of afstand mogelijk is, (...)”.

94 Van Brakel (1948), par. 201.

Zoals bijna steeds bij de vervaltermijnen, wordt het ‘afzien van subjectieve elementen’ gerechtvaardigd met een beroep op het bovenindividuele belang. Opnieuw: die redenering overtuigt niet waar het vermogensrechtelijke vervalbedingen betreft, omdat daar geen (wezenlijk) bovenindividueel belang bestaat.

Tot slot een terminologische opmerking: de term ‘stuiting’ is specifiek ten behoeve van de verjaring gemunt en is daarom in het kader van vervaltermijnen mijns inziens minder gelukkig. Ik zal daarom spreken van ‘verlenging’.⁹⁵ Die term is juridisch kleurloos bedoeld; hij wordt naar het juridische vertaald door middel van uitleg of door middel van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

28.2.4.2 De verlengende werking van de daad van rechtsvervolgning

Art. 3:316 BW bepaalt dat de verjaring wordt gestuit door het instellen van een eis of een andere daad van rechtsvervolgning. Een dergelijke bepaling is met betrekking tot verval niet te vinden.

De analogische toepassing van deze bepaling op vervaltermijnen die op een bevoegdheid zien, lijkt mij wel min of meer logisch uitgesloten, omdat kenmerkend voor een bevoegdheid nu juist is dat te zijner verwezenlijking geen rechtsovereenkomst nodig is. De vraag of de daad van rechtsvervolgning verlengende werking heeft, lijkt mij zich dus nauwelijks te kunnen voordoen. Iets vergelijkbaars geldt voor *obliegenheden*.

Dan de door een vervaltermijn beheerste vorderingrechten. Verdedigd is wel dat de daad van rechtsvervolgning daar géén verlengende werking heeft.⁹⁶ Als men de tekst van de bepalingen waarin vervaltermijnen zijn opgenomen letterlijk neemt, is die opvatting begrijpelijk. Er staat, bijvoorbeeld, in art. 6:191 lid 2 BW niet meer dan dat het recht op schadevergoeding “vervalt door verloop van 10 jaren na de aanvang van de dag, volgende op die de producent de zaak (...) in het verkeer heeft gebracht”. Over de verlengende werking van een procedure staat niets.

Toch wordt, naar ik meen terecht, de opvatting die verlenging afwijst elders in de literatuur als vanzelfsprekend verworpen.⁹⁷ Ook de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het entameren van een procedure aan verval in de weg staat.⁹⁸

“Art. 70 [ABW – JLS] heeft, evenals andere voorschriften die voorzien in vervaltermijnen, deze betekenis, dat de rechtsovereenkomst tot verhaal vervalt als zij niet binnen de gestelde termijn is geldend gemaakt door indiening van het in art. 63 [ABW – JLS] bedoelde verzoekschrift, doch dat, indien zij binnen die termijn is ingesteld, het voorschrift ten opzichte van hem op wie door de indiening van het verzoek verhaal wordt gezocht, is uitgewerkt.”

95 Ik besef dat verlenging ook een verjaringsrechtelijk begrip is. Mijn inschatting zou zijn dat het toch een neutralere betekenis dan stuiting heeft, mede omdat het woord verlenging meer dan stuiting ook in het gewone spraakgebruik voorkomt.

96 Stolker, *BWKJ* 1987, p. 100.

97 Asser/Hartkamp 4-I, nr. 690; Koopmann, diss., p. 122.

98 HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984, 804 m.nt. F.H.J.M.

Dat een procedure verlengende werking heeft lijkt mij zonder meer juist, omdat anders bevoegdheden die aan een vervaltermijn onderworpen zijn, veel te gemakkelijk vervallen. Procedures kunnen veel tijd vergen; ik vermoed dat de duur van het gemiddelde geding de meeste vervaltermijnen zelfs overstijgt. Bovendien neutraliseert een procedure het nadelige gevolg van tijdsverloop voor de debiteur, zoals ook de stuitingshandeling daad van rechtsvervolgning – net als alle andere stuitingshandelingen – dat bij de verjaring doet.

De Hoge Raad schrijft dat door het aanvangen van een procedure de vervaltermijn “is uitgewerkt”. Aldus wordt in feite de verlengende werking in het voorschrift dat voorziet in een vervaltermijn gelezen.

28.2.4.3 De verlengende werking van de erkenning

Volgens art. 3:318 heeft erkenning stuitende werking. Koopmann verdedigt in haar dissertatie de onmogelijkheid van stuiting van verval in het algemeen en het niet-stuiten van de erkenning in het bijzonder als volgt:

“Buiten deze gevallen [die van de wettelijke uitzonderingen op de onmogelijkheid van stuiting – JLS] mogen de regels inzake verjaringstermijnen niet, ook niet via analogie, op vervaltermijnen worden toegepast. (...)

Erkenning van een vordering door de debiteur veroorzaakt dus, anders dan in het geval dat er sprake is van een verjaringstermijn, geen stuiting; als de debiteur niet vóór het verstrijken van de vervaltermijn betaalt loopt de crediteur gevaar dat zijn vordering verval.”⁹⁹

Koopmann aanvaardt het verval van recht na erkenning.¹⁰⁰ Mijn gedachte zou zijn: de regel die justitiabelen deze streek levert, moet direct geschrapt worden. De debiteur stuurt een briefje waarin staat dat hij het litigieuze bedrag inderdaad verschuldigd is. Twee weken later, als hij nog niet betaald heeft, verstrijkt de vervaltermijn. Het is de debiteur gegeven zijn eigen erkenning volkomen duidelijk dat hij gehouden is te betalen, dus de ondergraving van bewijs- en rechtszekerheidspositie speelt hier per definitie niet. Waarom verval van recht?

Ik vond bij Koopmann geen nadere adstructie van haar opvatting, integendeel zou ik zeggen. Zij schrijft verder: “Wordt tussen partijen (tijdig) een schikking getroffen dan kan mijns inziens de vordering (...) niet meer vervallen. Vergelijk bijv. Rb Rotterdam 4 april 1986 S&S 1987, 118 (...)” Als de schikking het verval en niet slechts verlengt maar zelfs afwendt, waarom zou de erkenning dat dan niet doen?

Waar het bevoegdheden betreft, is het antwoord complexer. Daar is immers het begrip ‘erkenning’ veel minder helder dan in het kader van vorderingsrechten. In het

⁹⁹ Koopmann diss., p. 121.

¹⁰⁰ Wat de algemene strekking van Koopmanns opmerking betreft: deze lijkt uitsluitend te zijn gebaseerd op de mijns inziens weinig gelukkig passage in de parlementaire geschiedenis die zegt dat er wegens het uiteenlopende karakter van vervaltermijnen geen algemene regels voor verval zijn gegeven, maar vervolgens wel stelt, in het algemeen, dat wat voor verjaring geldt, niet voor verval geldt (zie over deze passage hiervoor, § 29.1.1).

kader van vorderingsrechten moet het geacht worden te betekenen: ik erken prestatie X aan u verschuldigd te zijn. De debiteur mag er in de regel gevoeglijk vanuit gaan dat de crediteur op prestatie X prijs stelt. Een vergelijkbare vanzelfsprekendheid is er niet als het gaat om een bevoegdheid van de crediteur. Op voorhand staat niet vast of de crediteur zijn bevoegdheid wil uitoefenen; de debiteur kan wel doen weten dat hij het bestaan van die bevoegdheid erkent, maar met die erkenning is het spel slechts halverwege. Zolang de debiteur van de crediteur geen duidelijkheid krijgt, voelt hij het juist door de vervaltermijn af te wenden nadeel van tijdsverloop, in dit geval met name de rechtsonzekerheid, onverminderd; de vervaltermijn heeft dan dus nog goede zin.

In hoeverre het voorgaande een probleem vormt, hangt af van de aard van de vervaltermijn, van de strekking van de erkenning en van de overige omstandigheden van het geval. Soms zal volkomen duidelijk zijn dat de crediteur zijn bevoegdheid zal willen uitoefenen: de verkoper die zijn klant een briefje stuurt met de mededeling dat hij erkent dat het bij hem gekochte een ernstig gebrek in zich draagt, kan niet verwachten dat die klant vervolgens binnen de redelijke termijn van art. 7:23 BW op zijn beurt aan de verkoper doet weten dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst voldoet; de tegengestelde opvatting is absurd. Een vergelijkbare 'erkenning' laat zich gemakkelijk voor de art. 6:89 en 6:140 lid 3 BW verzinnen.

Maar als de debiteur aan de crediteur schrijft dat deze wat hem betreft de bevoegdheid heeft de overeenkomst te ontbinden, is met die eenzijdige mededeling onvoldoende gezegd om verlenging van de vervaltermijn van art. 6:268 BW te rechtvaardigen; de debiteur weet immers niet of de crediteur die bevoegdheid wil uitoefenen (wel zou men eventueel in deze mededeling de erkenning van de tekortkoming kunnen lezen, maar dat is een ander kwestie). Hetzelfde geldt, bijvoorbeeld, voor erkenning van vernietigbaarheid van een rechtshandeling.

Mijn oplossing zou zijn dat wat wij in het kader van vervaltermijn van de stuitende werking van 'erkenning' willen overnemen, ingang doen vinden via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid: na erkenning kan een beroep op de vervaltermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn. Het open karakter van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid stelt de rechter in staat bij zijn beslissing rekening te houden met de in de vorige alinea's genoemde factoren en dus, bijvoorbeeld, waar de erkenning nog niets zegt over de keuze van de crediteur om zijn bevoegdheid al dan niet in te roepen, de vervaltermijn gewoon toe te passen en waar het, bijvoorbeeld, de erkenning van het bestaan van een vorderingsrecht betreft, het daarop volgende beroep op de vervaltermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid te oordelen.

Overigens zou ik er ook geen bezwaar tegen hebben om dezelfde dogmatische route te kiezen als de Hoge Raad deed in het kader van de verlengende werking van een procedure; in plaats van aanwending van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is verdedigbaar dat door, zeg, de mededeling van de verkoper dat zijn zaak een gebrek heeft, de vervaltermijn van 7:23 lid 1 "is uitgewerkt". Zo bezien is het een kwestie van wetsuitleg, in het kader waarvan de rechter de omstandigheden van het geval evenzeer in zijn afweging kan betrekken.

28.2.4.4 De verlengende werking van onderhandelingen¹⁰¹

Inleiding

Het lijkt goed om bij het denken over de verlengende werking van onderhandelingen drie soorten vervaltermijnen te onderscheiden. Ten eerste is er het soort vervaltermijn waar de vraag naar de stuitende werking van onderhandelingen niet zo gemakkelijk voorstelbaar is, doordat met het enkele voeren van onderhandelingen de facto aan de voorwaarde voor afwending van verval zal zijn voldaan. Bijvoorbeeld: als koper en verkoper onderhandelen, of, liever gezegd, in debat zijn over de kwaliteit van het afgeleverde, dan is min of meer gegeven dat de koper heeft voldaan aan zijn verplichting mededeling te doen van het gebrek. Hetzelfde geldt voor art. 6:89 BW. Dat type termijn is daardoor in praktische zin van het debat over de verlengende werking van onderhandelingen uitgesloten.

Ten tweede en ten derde moet onderscheiden worden, zoals hiervoor ook steeds gebeurde, tussen enerzijds vervaltermijnen die zien op bevoegdheden, dus op rechten waarvan de verwezenlijking in de macht van de crediteur ligt en, anderzijds, tussen rechten voor de verwezenlijking waarvan de crediteur afhankelijk is van de debiteur. Over deze twee typen termijnen het volgende.

Vervaltermijnen die zien op bevoegdheden

Wat de termijnen die zien op bevoegdheden betreft dringt zich de volgende gedachte op: wat doet de vraag naar de verlengende werking van onderhandelingen er toe als de crediteur de uitoefening van zijn recht zelf in de hand heeft? Dat de debiteur het met de uitoefening van het recht niet eens is, staat aan de verwezenlijking van het recht niet in de weg; in feite valt er helemaal niets te onderhandelen.

In strikte zin is dat natuurlijk juist, maar de werkelijkheid kan gecompliceerder zijn, in die zin dat de onderhandeling over de rechtsverhouding in haar geheel het onvoorwaardelijke beroep op bevoegdheid op enig moment niet opportuun kunnen doen zijn. Dat kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, om allerlei redenen zo zijn. Denk aan de bevoegdheid ofwel een rechtshandeling buitengerechtelijk te vernietigen, ofwel een overeenkomst buitengerechtelijk te ontbinden – uitoefening van die vergaande bevoegdheden kan in het kader van onderhandelingen over de oplossing van het geschil, als partijen zich dus juist inspannen om tot een minnelijke regeling te komen, uitgesproken ongewenst zijn.

Het lijkt mij denkbaar dat onder dergelijke omstandigheden een beroep op de vervaltermijn door de debiteur in strijd met de redelijkheid en billijkheid is. Zo ook in HR 29 april 1983,¹⁰² waar de huurder te kennen had gegeven te willen opzeggen, maar partijen nog in onderhandeling waren over de voorwaarden waaronder. De

101 Deze paragraaf is een Fremdkörper, in die zin dat de andere drie de analogische toepassing van wettelijke stuitingsbepalingen onderzoeken, terwijl 'onderhandelingen' niet in enige stuitingsbepaling voorkomen, sterker nog, door de Hoge Raad als stuitingsgrond zijn afgewezen. Omdat mijns inziens onderhandelingen wél stuitende werking hebben, zal ik hier de verlengende werking van onderhandelingen toch bespreken.

102 NJ 1983, 627.

formele opzegging vond uiteindelijk plaats na het verstrijken van de vervalltermijn. De rechtbank oordeelde het beroep op de vervalltermijn van de verhuurder in strijd met de redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand. Het cassatiemiddel strekte ten betoge dat de verhuurder er zich slechts dan niet op vermag te beroepen dat de huurder de wettelijk voorgeschreven opzegtermijn niet in acht genomen heeft, indien partijen “bij nadere overeenkomst over en weer zouden hebben afgezien van de wettelijk voorgeschreven opzegging, dan wel een beëindigingsovereenkomst zouden hebben gesloten”. De Hoge Raad overweegt:

“Dit betoog vindt (...) geen steun in het recht. Dat de in acht te nemen opzegtermijn mede in het belang van de verhuurder in de wet dwingend is vastgesteld, sluit niet uit dat een huurder, die deze termijn niet in acht heeft genomen, aan de verhuurder, die zich daarop beroept, vermag tegen te werpen dat dit beroep onder de gegeven omstandigheden in strijd is met de goede trouw. Het betekent wel dat voor het als juist aanvaarden van die tegenwerping zware eisen moeten worden gesteld, maar dat heeft de Rb. (...) niet miskend.”

Ik zou, mede op basis van dit arrest, het volgende willen verdedigen. Als het gaat om (i) een vervalltermijn die ziet op rechten waarvan de verwezenlijking geheel in de macht van de crediteur ligt, (ii) de crediteur, omdat hij in onderhandelingen verkeert, dat recht niet voor ommekomst van de termijn inroept en (iii) de debiteur redelijkerwijze moet verwachten dat de crediteur dat recht wel zal willen invoeren als de onderhandelingen niet tot een minnelijke oplossing leiden, dan kan het beroep van de debiteur op de vervalltermijn na ommekomst van die termijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn.

Ter toelichting: vereiste (i) geeft het toepassingsbereik van de ‘regel’ weer, vereiste (ii) geeft het belang van de crediteur weer en vereiste (iii) vormt de rechtvaardiging tegenover de debiteur, in die zin dat de bedoelde wetenschap voor hem de nadelen van het tijdsverloop ecarteert. Ik schrijf ten slotte *kan* in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn, omdat zich zoals altijd bij toepassing van dat leerstuk omstandigheden kunnen voordoen die tot een andersluidende conclusie nopen.

Men zou kunnen tegenwerpen dat als de crediteur al weet dat hij bij het mislukken van de onderhandelingen de betrokken bevoegdheid zal willen invoeren, hij er beter aan zou doen de ‘verlenging’ van de termijn reeds tijdens de onderhandelingen te bedingen. Twee opmerkingen. Ten eerste is niet zeker of een partijafsprake inderdaad vermag de termijn te verlengen, nu vooralsnog de algemene opvatting is dat vóór ommekomst van een termijn van de termijn geen afstand kan worden gedaan. Ten tweede is deze bedenking weliswaar juist in die zin dat het maken van een afspraak de kans dat de rechter het beroep op de termijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid acht naar mijn inschatting inderdaad vergroot (dus vooralsnog niet garandeert), maar ziet zij eraan voorbij dat soms partijen nu eenmaal niet doen wat voor hen het beste zou zijn geweest, bijvoorbeeld doordat zij de hele kwestie van vervall gegeven de onderhandelingsituatie over het hoofd hebben gezien. Ook dan moet het recht de juiste oplossing moeten bieden.

Vervaltermijnen die zien op vorderingsrechten

Rechten voor de verwezenlijking waarvan de crediteur afhankelijk is van de debiteur (vorderingsrechten) worden, als gezegd, in de regel beheerst door de verjaring. Om tegen de zin van de debiteur de verwezenlijking van het materiële recht mogelijk te maken, is aan het materiële recht een rechtsvordering gekoppeld. De rechtsvordering verjaart op enig moment, en daarmee de afdwingbaarheid van het materiële recht.

Zoals in de inleiding al werd opgemerkt, worden bij wijze van uitzondering vorderingsrechten soms beheerst door een vervaltermijn en niet door een verjaringstermijn. De grond voor die uitzondering ligt over het algemeen in verdragsrechtelijke verplichtingen.¹⁰³ Denk bijvoorbeeld aan art. 6:191 BW, dat ingevolge de ‘Europese richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken’ bepaalt dat een recht op schadevergoeding tegen de producent vervalt na tien jaar; deze schadevergoedingsvordering zou, had de nationale wetgever de vrije hand gehad, hoogstwaarschijnlijk door een verjaringstermijn beheerst zijn geweest.

Omdat er, voor zover ik in de literatuur heb gelezen of zelf heb kunnen bedenken, binnen de Nederlandse rechtsorde geen inhoudelijke redenen zijn om een vorderingsrecht (via zijn rechtsvordering) niet aan een verjarings- maar aan een vervaltermijn te onderwerpen, ligt het voor de hand voor de werking van die vervaltermijnen de analogie met de verjaring te zoeken. Natuurlijk kan het analogisch redeneren beperkingen vinden in internationaal recht – daarover straks meer –, maar een denkrichting bij de uitleg of soms wellicht zelfs beperking van de betrokken regel kan het wel degelijk geven.

Voor de gedachtevorming is wellicht nuttig Rechtbank Haarlem 17 juni 1988.¹⁰⁴ Aan de orde was de vervaltermijn van art. 29 Verdrag van Warschau (de betreffende bepaling is thans te vinden in het BW; art. 8:1835), krachtens welke iedere vordering terzake van een overeenkomst van luchtvervoer na twee jaar vervalt. De crediteur erkent “dat de rechtsvordering met betrekking tot de claims, die ouder zijn dan twee jaar, formeel is vervallen” maar bepleit dat een beroep op de vervaltermijn door de debiteur in strijd met de redelijkheid en billijkheid is. De President oordeelt:

“Gezien het niveau van de onderhandelingen en de bij de onderhandelaars aanwezige kennis van de bepalingen van het Verdrag van Warschau mag worden aangenomen, dat men zich aan beide zijden bewust is geweest van de geldende vervaltermijn en dat deze vervaltermijn niet onbesproken is gebleven.

Mede gelet op de overgelegde verklaring van de onderhandelaars Swildens en Vaandering, die ter zitting niet op overtuigende wijze door Zas is weersproken, acht de Pres. voldoende aannemelijk geworden dat pp. uitdrukkelijk, en vanuit de gedachte dat verder onderhandelen voor hen voordeliger zou zijn, de vervaltermijn terzijde hebben gesteld.”

Twee factoren lijken voor de President van belang te zijn geweest, namelijk (i) dat sprake was van onderhandelingen en (ii) dat partijen, om die onderhandelingen

¹⁰³ Zie ook Brunner, De Jong (2004), nr. 303.

¹⁰⁴ KG 1988, 322.

voortgang te kunnen laten vinden, afstand van verval zijn overeengekomen. Of inderdaad afstand is gedaan van de vervaltermijn valt uit de afspraak niet af te leiden.¹⁰⁵ Laten wij, al dan niet dus bij wijze van gedachte-experiment, veronderstellen dat partijen de afstand niet nadrukkelijk zijn overeengekomen doordat de onderhandelaar van de crediteur, hoezeer ook van goeden huize, in de hitte van de strijd over het hoofd heeft gezien dat de vordering werd bedreigd door een vervaltermijn. Zou dan het beroep op die termijn ook nog in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn geweest?

Mijn antwoord luidt bevestigend, om dezelfde redenen als waarom ik meen dat onderhandelingen stuitende werking van verjaring tot gevolg moeten hebben: onderhandelingen doen de debiteur nadrukkelijk weten dat het de crediteur met de vordering nog menens is; door dat besef zijn de nadelen van tijdsverloop voor de debiteur ondervangen en is er geen reden meer de crediteur zijn vordering te ontnemen – zie uitgebreid hiervoor.¹⁰⁶

Nogmaals, uit het betreffende verdrag kan voortvloeien dat de weg die uit nationaal oogpunt de wenselijke lijkt, onbegaanbaar is. In HR 24 april 1992¹⁰⁷ stond ter beoordeling of een ander dan de geadresseerde binnen de wettelijke termijn kan protesteren tegen beschadiging van bagage of andere zaken door de luchtvervoerder. De Hoge Raad overwoog:

“Art. 26 lid 4 van het Verdrag kent slechts een uitzondering op de gehoudenheid van de geadresseerde tot het doen van protest, te weten het geval van door de vervoerder gepleegd bedrog (“fraude”). In het stelsel van art. 26 is geen plaats voor uit regels van nationaal recht af te leiden uitzonderingen. Het hof heeft het beroep (...) op strijd met de goede trouw dan ook terecht verworpen, wat er zij van de door het hof gebezigde gronden.”

Waar het hier om gaat, zijn de woorden “In het stelsel van art. 26 is geen plaats voor uit regels van nationaal recht af te leiden uitzonderingen”; zij illustreren de mogelijke grenzen aan wetstoepassing met een louter nationaal-rechtelijke hand.¹⁰⁸

Intussen is het overigens ook mogelijk dat een verdrag wel degelijk ruimte laat voor de nationaal-rechtelijke invalshoek. Soms gebeurt dat zelfs expliciet; over de vervaltermijn van art. 35 van het verdrag van Montreal bijvoorbeeld, geïncorporeerd

¹⁰⁵ Opvallend is in de redenering van de President dat “mag worden aangenomen dat partijen zich van de termijn bewust zijn geweest”; vanwaar die opmerking als de afstand inderdaad uit de stukken te kennen valt? Bovendien is naar de heersende opvatting afstand van een vervaltermijn helemaal niet mogelijk; hadden partijen deze kwestie werkelijk met een scherp rechtsbewustzijn onder ogen gezien, dan had de onderhandelaar namens de crediteur met de enkele afstand geen genoegen kunnen nemen.

¹⁰⁶ Zie § 18.8.

¹⁰⁷ *NJ* 1992, 688.

¹⁰⁸ Overigens stond de kwestie van, toen, strijd met de goede trouw hier niet echt op scherp, omdat de ratio van de vervaltermijn wat mij betreft inderdaad eist dat de geadresseerde zelf protesteert. Alleen de geadresseerde heeft een rechtsovereenkomst, dus moet de debiteur van hem weten wat hij van plan is; dat zo zijnde hebben uitingen van derden geen betekenis. Recht toe recht aan toepassing van de verdragsregel leidde dus tot het ‘juiste resultaat’.

via ons art. 8:1835 BW, bepaalt het tweede lid van het verdragsartikel:¹⁰⁹ “The method of calculating that period shall be determined by the law of the court seized of the case.” Alle vrijheid dus voor de Nederlandse rechter om te beslissen wat hem naar Nederlands recht juist lijkt.¹¹⁰

Nadere, specifiekere opmerkingen zijn in het kader van dit boek moeilijk te maken, omdat de ‘vrijheidsbeperkende’ werking van het verdrag van geval tot geval bepaald moet worden; die exercitie zou hier onevenredig veel ruimte nemen.

28.2.4.5 *De verlengende werking van de schriftelijke mededeling*

Tot slot de laatste stuitingswijze, te weten de schriftelijke mededeling in de zin van art. 3:317 BW: is het beroep op een vervaltermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid als de crediteur de debiteur voor ommekomst van die termijn heeft aangeklaagd of zich zijn recht op nakoming heeft voorbehouden?

Opnieuw geldt: deze kwestie zal voor het merendeel der vervaltermijnen niet spelen, omdat de crediteur zijn recht onafhankelijk van de debiteur kan verwezenlijken. Aanmanen is dan helemaal niet aan de orde, evenmin als voorbehoud van het recht op nakoming. Maar wat heeft te gelden als ter verwezenlijking van het aan de vervaltermijn onderworpen recht wel een prestatie van de debiteur vereist is?

De stuitingswijzen die tot dusverre model hebben gestaan voor verlengingsgronden voor vervaltermijnen hadden wat mij betreft steeds goede grond. Daarom lag het voor de hand hun ‘reflexwerking’ te onderzoeken. Eerder in dit boek heb ik evenwel over de enkele schriftelijke mededeling als stuitingswijze mijn twijfel uitgesproken: art. 3:317 BW is niet gelukkig, omdat het de crediteur in staat stelt de verjaring af te wenden zonder de daad (het geldend maken van het recht) bij het woord (het is mij met de vordering nog ernst) te voegen. Daardoor wordt niet voldaan aan de doeleinden van de stuiting, te weten het afwenden van de nadelen van tijdsverloop voor de debiteur.

Gegeven die negatieve waardering van de enkele schriftelijke mededeling als stuitingswijze, ligt het niet voor de hand haar in het kader van vervaltermijnen wél verlengende werking toe te kennen. Ik zou daar dan ook niet voor zijn.

28.2.4.6 *Conclusie*

In deze paragraaf werd onderzocht of vervaltermijnen niet zijnde van openbare orde vatbaar zijn voor ‘stuiting’. Het bleek van groot belang onderscheid te maken tussen vervaltermijnen die zien op vorderingsrechten enerzijds en vervaltermijnen die zien op bevoegdheden en *obliegenheiten* anderzijds.

Waar het vorderingsrechten betreft, ligt het voor de hand de stuitingsbepalingen, voor zover het gedrag waaruit de vervaltermijn eventueel stamt dat toestaat, analogisch toe te passen. Bepleit werd langs die lijn dat (i) na het verrichten van een daad van

109 Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (Montreal, 28 May 1999); dit is de opvolger van het verdrag van Warschau.

110 Zo meent ook Diederiks-Verschoor (2001), p. 163: “(...) grounds for suspension and interruption will be determined by the law of the court trying the case.”

rechtsvervolgning de vervalltermijn “is uitgewerkt”, dat (ii) na erkenning een beroep op de termijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid is, dat (iii) in geval van onderhandelingen een beroep op de vervalltermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn en dat (iv) de enkele schriftelijke mededeling geen grond biedt voor ‘verlenging’ van de vervalltermijn.

Waar het gaat om vervalltermijnen die geen vorderingsrecht maar een bevoegdheid of *obliegenheit* tot onderwerp hebben, is de stuitingsfiguur niet direct te transponeren, omdat stuiting iets zegt over de vraag of de crediteur zijn recht nog zal gaan afdwingen, terwijl dat afdwingen bij bevoegdheden en *obliegenheiten* niet aan de orde is. De crediteur kan zijn recht immers zonder medewerking van de debiteur verwezenlijken. Verlengende werking toekennen aan, bijvoorbeeld, de daad van rechtsvervolgning is zinledig, omdat de crediteur ter verwezenlijking van zijn recht helemaal geen rechtsvervolgning hoeft in te stellen.

Desalniettemin kan ook waar het om bevoegdheden en *obliegenheiten* gaat een beroep op de vervalltermijn van de debiteur in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn. Dat doet zich voor, bijvoorbeeld, bij de erkenning van een gebrek in het verkochte door de verkoper. Ook onderhandelingen kunnen aan een beroep op de vervalltermijn in de weg staan.

28.2.5 Conclusie

Voor zover het gaat om vermogensrechtelijke vervalltermijnen, zijn de traditionele onderscheidingen tussen verval en verjaring grotendeels onhoudbaar: (i) vervalltermijnen moeten net zo min als verjaringstermijnen ambtshalve worden toegepast en (ii) afstand van verval is niet in mindere mate mogelijk dan afstand van verjaring. (iiia) Stuiting van verval is, via een redelijke wetsuitleg of via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, mogelijk als het gaat om vorderingsrechten. Helemaal gelijk zijn vermogensrechtelijke verval- en verjaringstermijnen intussen niet. (iiib) Voor bevoegdheden of *obliegenheiten* is de stuitingsfiguur in de regel ongeschikt, omdat daar de crediteur zelf zijn recht kan verwezenlijken of zijn *obliegenheit* kan vervullen. (iv) er is het verschil sterke/zwakke werking, dat eenvoudig door de wetgever is gegeven.

28.3 De keuze tussen verval- en verjaringstermijnen

Het voorgaande ging over verschillen tussen verval en verjaring. Het doel was te komen tot gedachtevorming over de vier genoemde aspecten. In deze paragraaf wordt het vizier afgedraaid van wat is, en gericht op wat komen gaat: wanneer moet, in het licht van het voorgaande, de wetgever kiezen voor verval en wanneer voor verjaring?

In de met afstand meest doorwrochte publicatie over de verhouding tussen verjaring en verval in de Nederlandse literatuur, heeft Köster¹¹¹ de stelling betrokken dat vervaltermijnen buiten het vermogensrecht moeten worden gehouden en dienen gereserveerd te zijn voor kwesties waarmee de openbare orde gemoeid is. Alleen in dat domein hebben de partijautonomie beperkende regels die vervaltermijnen worden toegedicht goede zin, zo was zijn stelling. Hoewel mijn opvatting overigens sterk verwant is aan die van Köster, ben ik het hier toch niet met hem eens.

Althans, voor zover het bevoegdheden en de *obliegenheiten* betreft. Ik deel de mening van Köster dat alle vermogensrechtelijke vorderingsrechten aan een verjaringstermijn onderworpen zouden moeten zijn. Als daartoe enig verdragsrechtelijk beletsel bestaat, zou de wetgever wat mij betreft moeten bezien in hoeverre het verdrag ruimte laat om de vervaltermijn toch zoveel mogelijk verjaringrechtelijke eigenschappen te geven. Te denken is in dit verband met name aan de mogelijkheid van stuiting.

Voor de bevoegdheden en de *obliegenheiten* zou ik de vervaltermijn willen behouden. Wij zagen weliswaar dat op de veronderstelde verschillen tussen verval en verjaring veel valt af te dingen, maar een in praktische zin zeer belangrijk verschil valt niet te loochenen: vervaltermijnen zien over het algemeen op bevoegdheden en *obliegenheiten*, en daar werkt de stuiting niet goed. In het kader van deze paragraaf kunnen wij het misschien beter omdraaien: als wij te maken hebben met een bevoegdheid of met een *obliegenheit*, dan moet de regel die de temporele geldigheid daarvan bepaalt, niet voorschrijven dat de termijn wordt ‘gestuit’ doordat de crediteur laat weten dat het hem nog ernst is. Die reden waarom niet, gaf ik hiervoor.

Bedacht zij in dit verband dat de mogelijkheid de termijn te verlengen in praktische zin de belangrijkste van de hiervoor bediscussieerde kwesties is. De vragen naar ambtshalve toepassing, de mogelijkheid van afstand en de sterke/zwakke werking spelen naar mijn inschatting in het rechtsleven een veel minder grote rol.

Terug naar Köster. Waar lopen onze opvattingen nu precies uiteen? Köster geeft de gangbare opvatting over de werking van stuiting weer, vindt dat die veronderstelde regels niet zouden moeten gelden voor kwesties niet van openbare orde, en suggereert, de *communis opinio* als geldend recht beschouwend, dat dus die kwesties niet aan een vervaltermijn onderworpen moeten zijn. Mijn benadering is anders, in die zin dat ik de *communis opinio* over de werking van vervaltermijnen niet tot uitgangspunt neem, maar betwist. Ik pleit ervoor de werking van vervaltermijnen toe te spitsen op vermogensrechtelijke bevoegdheden en *obliegenheiten*, langs de in de vorig paragrafen geschetste lijnen. Het voor die gevallen ongeschikte stuitingsregime dat de verjaring mee zich meebrengt, blijft zo buiten boord.

111 Köster, *WPNR* 1962.

28.4 Conclusie

Hoewel breed aanvaard wordt, zowel door de wetgever als in de doctrine, dat vervaltermijnen te divers van aard zijn om algemeen geldende regels voor hun functioneren op te stellen, worden die algemene regels in de literatuur toch geformuleerd: verval heeft sterke werking, vervaltermijnen worden ambtshalve toegepast, van vervaltermijnen kan geen afstand worden gedaan en verval kan niet worden gestuit. In dit hoofdstuk is gebleken dat die generaliserende benadering inderdaad onverantwoord is – met uitzondering van de kwestie zwakke/sterke werking.

Die bedenking had met name betrekking op de strikt vermogensrechtelijke vervaltermijnen. Die termijnen raken louter het belang van de betrokken partijen, en zijn dus, anders dan veelal stilzwijgend lijkt te worden verondersteld, niet van openbare orde. Zodra men dat aanvaardt, valt niet meer in te zien waarom dat type vervaltermijn ambtshalve zou moeten worden toegepast, waarom men van verval in mindere mate dan van verjaring afstand zou kunnen doen en waarom feiten en omstandigheden binnen de partijverhouding de termijn niet zouden vermogen te ‘verlengen’.

Meer in het bijzonder werd over de drie genoemde aspecten, voor zover het dus vermogensrechtelijke vervaltermijnen betreft, het volgende geconcludeerd.

(i) Vervaltermijnen behoren door de rechter niet ambtshalve te worden toegepast. Als over de overschrijding van de termijn door partijen niet is gedebatteerd, neemt de rechter een ontoelaatbare verrassingsbeslissing als hij de termijn toch toepast. Als de door de crediteur genomen periode tussen partijen wel onderwerp van discussie is geweest, maar de debiteur geen of een verkeerde vervaltermijn inroept, kan de rechter, afhankelijk van de inhoud van het debat, de vervaltermijn bij wijze van aanvulling van rechtsgronden toepassen.

(ii) Nadat de vervaltermijn is verstreken, kan de debiteur ‘afstand doen van verval’. Voordat de termijn is verstreken, kan dat onder omstandigheden, in die voege dat als partijen afstand overeen zijn gekomen, een beroep op de termijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn. Ik noemde een aantal gezichtspunten die de rechter in zijn oordeel daarover zou kunnen betrekken. In het bijzonder valt op te merken dat waar het einde van de termijn in zicht komt en partijen, bijvoorbeeld om onderhandelingen te kunnen voortzetten, er welbewust voor kiezen de vervaltermijn terzijde te schuiven, het daarop volgende beroep op die termijn door de debiteur onaanvaardbaar is.

(iii) Voor zover vervaltermijnen betrekking hebben op vorderingsrechten, moeten de verjaringsrechtelijke stuitingsregels zoveel mogelijk analogisch worden toegepast. Dat kan ofwel via de redelijke wetsuitleg ofwel via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Voor zover het gaat om vervaltermijnen die geen vorderingsrecht maar een bevoegdheid of *obliegenheit* tot onderwerp hebben, is de stuitingsfiguur niet goed te transponeren, omdat stuiting iets zegt over de vraag of de crediteur zijn recht nog zal gaan afdwingen, terwijl dat afdwingen bij bevoegdheden en *obliegenheiten* niet aan de orde is – de crediteur is daar almachtig. Desalniettemin kan ook waar het om bevoegdheden en *obliegenheiten* gaat, om op de verjaringsrechtelijke

stuiting geïnspireerde redenen een beroep op de vervaltermijn van de debiteur in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn.

Tot slot werd aan de wetgever geadviseerd in het vermogensrecht daar waar het hem vrij staat vorderingsrechten aan een verjaringstermijn te onderwerpen. Bevoegdheden en *obliegenheiten* moeten aan vervaltermijnen en niet aan verjaringstermijnen onderworpen blijven, omdat daar het verjaringsrechtelijke stuitingregime niet past.